SISTEMA

DEL

DERECHO ROMANO ACTUAL.

POR

M. F. C. DE SAVIGNY

TRADUCIDO DEL ALEMAN POR

M. CH. GUENOUX

DOCTOR EN DERECHO,

vertido al castellano por

JACINTO MESÍA Y MANUEL POLEY,

Profesores de Derecho Romano en la Institucion Libre de Enseñanza.

y precedido de un prólogo de

D. MANUEL DURÁN Y BAS.

CATEDRÁTICO DE DERECHO EN LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA.

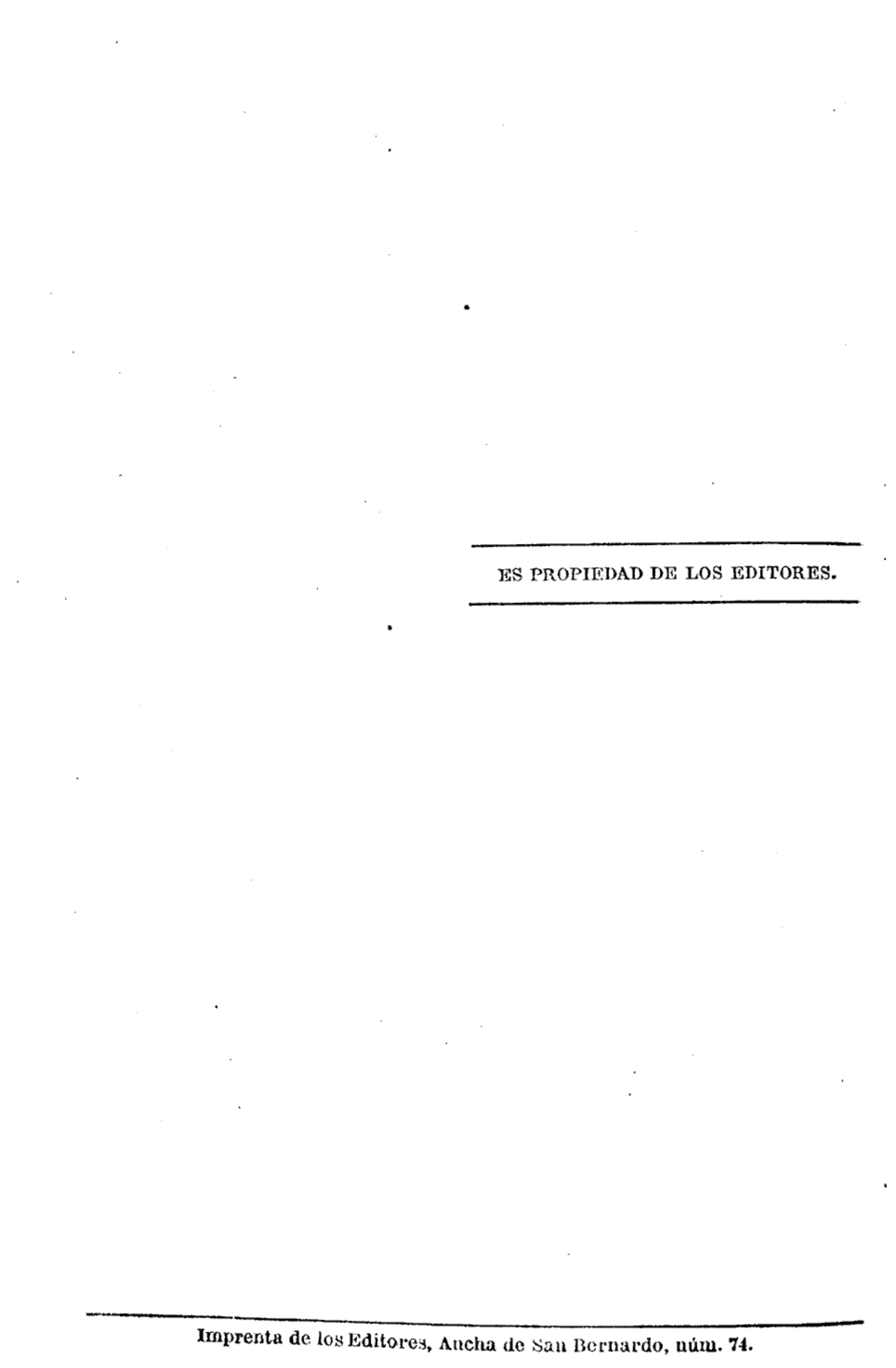
TOMO IV.

MADRID.

F. GÓNGORA Y COMPAÑÍA, EDITORES.

Puerta del Sol, núm. 13.

1879.



Imprenta de los Editores, Ancha de San Bernardo, núm. 74.

CAPITULO IV.

VIOLACION DE LOS DERECHOS.

---

§ CCIV.—*Introduccion.*

He considerado hasta aquí los derechos en sí mismos como condiciones necesarias para la vida social de los séres libres (§ 52). El órden ó el estado normal del derecho, órden creado y mantenido por la libertad, resulta de la conformidad de los actos con sus reglas respectivas. Mas por lo mismo que la libertad constituye la esencia, debemos admitir la posibilidad de actos libres contrarios á este órden, es decir, violaciones del derecho que turban su estado normal.

Esta posibilidad de violacion del derecho exije una serie de instituciones nuevas, todas las cuales pueden comprenderse bajo la designacion general de garantías contra esta violacion, y son las siguientes:

1.ª La jurisdiccion como parte integrante del derecho público.

2.ª La pena como contenido del derecho criminal.

3.ª Las formas destinadas al restablecimiento del estado normal del derecho, cuyas formas constituyen el contenido del derecho de procedimientos.

Todas estas instituciones, fundadas inmediatamente en la necesidad de reprimir la violacion del derecho, quedan

fuera de la presente indagacion *(a)*; pero existen algunas otras que arrancan igualmente de la violacion y que á causa de su carácter deben ocuparnos en este punto. Cuando examinamos un derecho bajo la relacion especial de su violacion, nos aparece en un estado nuevo, el estado de defensa; y así la violacion, de igual manera que las instituciones establecidas para combatirla, reobran sobre el contenido y la esencia del derecho mismo. Ahora bien, al conjunto de modificaciones en el derecho operadas por aquella causa, lo designo con el nombre de *derecho de acciones*.

Estos cambios ofrecen en cada accion un carácter particular; pero todos tienen una base comun, sin la cual estas manifestaciones particulares no serían inteligibles; de aquí se deduce naturalmente la distincion de un derecho de accion general y de un derecho de accion especial. Así, por ejemplo, la *hypotecaria actio,* es la forma especial que reviste el derecho de prenda por consecuencia de una violacion, y se halla sometida á una prescripcion enteramente particular; mas para comprender esta materia especial es preciso estudiar ántes la naturaleza general de la accion y de la prescripcion de las acciones. Por otra parte, lo que yo llamo derecho especial de las acciones no puede ser estudiado en su conjunto, separándolo de cada una de las instituciones á que se refiere. La exposicion del derecho general de las acciones es el objeto del presente capítulo.

Se ha considerado frecuentemente el derecho de accion como un órden jurídico de igual naturaleza que el derecho de familia, la propiedad, etc.; me remito sobre este punto á lo que ya he dicho (§ 59) refutando semejante doctrina. El derecho de accion entra mas bien en la categoría de los desenvolvimientos y metamórfosis que experimentan los derechos por sí mismos subsistentes; y de esta manera ofrece igual carácter que el orígen y disolucion de aquellos dere-

---

(*a*) Véase tomo I, § I.—Al hacer esta distincion no pretendo en manera alguna que sea absoluta, ni que tenga límites tan rigurosamente determinados, que no se puedan franquear. Entre el procedimiento y el derecho de acciones, de que acabo de ocuparme, existe tal enlace que, al tratar el autor de una ó de otra de estas materias, debe quedar á su arbitrio el establecer los límites del asunto de la manera más favorable á la exposicion de sus ideas.

chos que no afectan esta condicion sino que son fases de la existencia de verdaderos derechos.

Las modificaciones jurídicas que nos ocupan se dividen en dos clases. Las unas resultan del solo hecho de la violacion y comprenden las acciones y excepciones con sus ulteriores desenvolvimientos. Las otras resultan de los actos que forman parte del debate judicial destinado á reprimir la violacion. Entre estos actos, los más fecundos en influencias son la *litiscontestatio* y el juicio.

La primera clase es el objeto de la mayor parte del presente volúmen, y la segunda el del siguiente

§ CCV. *Accion (a).*

Todo derecho toma, por consecuencia de su violacion, un determinado aspecto que voy á explicar. Considerando en conjunto nuestros derechos, resulta que unos existen en relacion con todos los hombres y otros solamente se ejercitan respecto de indivíduos determinados (§ 58), cuyo último carácter presentan desde luego las obligaciones. Pero la violacion de nuestros derechos no es concebible sino por el hecho de una persona determinada, hecho que establece entre nosotros y esta persona una relacion de derecho especial y nueva, cuyo contenido es la reparacion de la violacion. En su consecuencia, esta reclamacion ejercitada contra una determinada persona y respecto de un determinado objeto tambien, ofrece el carácter de una obligacion (§ 56); de manera que el que ha sufrido la violacion y el que la ha cometido, ó el demandante y demandado, se encuentran en

---

(*a*) Voy á exponer aquí el título de algunas obras especiales que tienen relacion con el asunto, con el fin de poderlas citar más facilmente en el curso de esta indagacion. Duroi, Spec. observ. de j. in re; Heidelberg, 1812, 8.°. Duroi, Bemerkungen über *actio in rem* und *actio in personam*, Archiv., tomo VI, p. 252-310, 386-440 (1823). Gans, Ueber Römisches Obligationenrecht Heidelberg, 1819, 8.° Hasse (el jóven) Ueber das Wessen der *actio* Rhein. Museum, t. V, páginas 1-85, 154-205 (1833). Huschke, Progr. de actionum formulis quæ in lege Rubria exstant. Vratislav. 1832, 4.—Hago observar que en la época en que aparecieron el primer escrito de Duroi y el de Gans, no se había publicado todavía el manuscrito de Gayo, circunstancia que aumenta el mérito de estos autores y hace sus errores más excusables.

la situacion respectiva de un acreedor y de un deudor. Mas, en tanto que esta nueva relacion permanece en el estado de posibilidad y no determina acto alguno de la parte lesionada, no podemos considerarla como obligacion verdadera y perfecta, sino como un gérmen susceptible de trasformarse, por virtud de su natural desenvolvimiento, en verdadera obligacion.

La relacion que de la violacion resulta, es decir, el derecho conferido á la parte lesionada se llama *derecho de accion* ó *accion*. La palabra *accion* expresa tambien el ejercicio mismo del derecho, en cuyo caso, bajo la hipótesis de un proceso escrito, designa el acto escrito por el cual comienza el debate judicial. En este punto sólo he de ocuparme de la accion en el primer sentido, esto es, en el de derecho de accion; pues el acto por el cual el derecho se ejercita, entra por sus condiciones y sus formas en la teoría del procedimiento.

Bajo este punto de vista general se reconoce que toda accion implica necesariamente dos condiciones: un derecho y la violacion de este derecho. Si el derecho no existe, la violacion no es posible; y si no hay violacion, el derecho no puede revestir la forma especial de una accion; no existe *actio nata*, segun la expresion exacta de los autores modernos. Por otro lado, la violacion del derecho puede manifestarse bajo diversos aspectos que en la práctica suelen confundirse. Así es que el adversario niega unas veces la existencia del derecho, otras veces la violacion, ó bien puede intentar una simple cuestion de hecho sobre un derecho que no pone en duda.

Antes de comenzar esta indagacion es indispensable determinar con exactitud el lenguaje de los jurisconsultos romanos. Acaso se me objete que atribuyo á este asunto demasiada importancia; pero si se examinan sin prevencion las oscuridades y errores que en gran número de autores se encuentran, oscuridades y errores debidos únicamente á la ausencia de esta base fundamental, habrá de reconocerse la utilidad de semejante trabajo.

Tres épocas debemos distinguir en derecho romano apropósito de las acciones y su denominacion.

En los primeros tiempos rige el sistema de la *Legis actio*, y el sentido de esta expresion se refiere siempre á la forma. Designa lo que es preciso hacer para atacar la vio-

lacion, la cual consiste en actos simbólicos y en fórmulas verbales, rigurosamente determinadas.

Despues que las *Legis actiones* fueron abolidas, salvo raras excepciones, las *formulæ* vinieron á ser la base de todo el procedimiento *(b)*. Este estado de cosas subsistió tanto como el *ordo judiciorum*, y así es que existía en el tiempo de los jurisconsultos clásicos. Entónces *acto* designaba principalmente el derecho de accion y *formula* la forma de la misma *(c)*, por mas que esta distincion no se observase siempre con todo rigor.

Despues de la abolicion del *ordo judiciorum*, es decir, poco tiempo despues de Constantino, la *formula* con sus distintas partes perdió su significacion, miéntras que las acciones existían como ántes. Siguiendo este sentido, los redactores del Digesto han estractado los escritos de los antiguos jurisconsultos *(d)* y las instituciones de Gayo fueron incluidas, si bien modificadas, en las Instituciones de Justiniano.

En cuanto á la palabra *actio*, los mismos antiguos jurisconsultos no le dieron todos la misma acepcion. Segun Papiniano, *actio* designa exclusivamente la accion *in personam*; la accion *in rem* se llama *petitio*, y *persecutio* se aplica á una y otra *(e)*. Esta distincion nos explica la razon de llamarse *petitio* hereditatis y no *actio* la reclamacion de una

---

(b) Gayo, § 30. «..... per legem Aebutiam et duas Julias sublatæ sunt istœ leges actiones, effectumque est, ut *per concepta verba, id est per formulas*, litigaremus.» Pero sería un gran error el creer que en tiempo de las *Legis actiones* no se empleasen *verba* solemnes ni ninguna especie de *formula* por consiguiente; Gayo, II, § 24; IV, § 16, 21, 24 dice explícitamente lo contrario. Hé aquí en que consistía la diferencia. Antiguamente los actos simbólicos iban unidos á las *verba*, y posteriormente no se emplearon mas que *verba*, y bajo una nueva forma más apropiada al espíritu del tiempo. Se llamó *formulæ* á estas nuevas *verba* á falta de otro nombre especial que darles. Esta expresion, además implica la idea accesoria de una instruccion escrita dirigida por el pretor al juez (*concepta verba*) lo cual establecía un contraste marcadísimo entre las nuevas fórmulas y las antiguas contenidas en las *Legis actiones*.

(c) Esta es la fraseología que domina en el cuarto libro de Gayo.

(d) No tenemos motivo alguno para creer interpolados los tan numerosos textos del Digesto que hablan de las *actiones* en general, ó de sus diversas especies; pero los compiladores han omitido de los escritos de los antiguos jurisconsultos casi todas las menciones de la *formula*, de la *intentio*, de la *condemnatio*, etc.

(e) L. 28 de O. et A. (XLIV, 7).

herencia. Ulpiano dice, por el contrario, que la palabra *actio* designa á la vez la especie y el género; la especie, es decir, la accion *in personam*; el género, es decir, la accion *in personam* y la accion *in rem:* y llama *persecutio* á la *extraordinaria cognitio* que se instruye sin *judex (f)*. En otros textos emplea la palabra *actio*, unas veces en su acepcion restringida *(g)* y otras en su acepcion amplia *(h)*. Segun Paulo, la palabra *actio* abraza tambien la *persecutio (i)*. No se crea que la acepcion extensa no se admitió hasta despues de Papiniano, porque ya Gayo divide el género *actio* en dos especies: *in personam* é *in rem actio (k)*, division que evidentemente tiene por base la ámplia significacion de la palabra. Por lo dicho se vé que la fraseología ha sido incierta por largo tiempo; pero no deben atribuirse estas variaciones al simple capricho ó á una diferencia obsoluta respecto á la exactitud; acaso, si tuviéramos á la vista las obras originales de donde se han sacado estos textos, veríamos claramente la razon de haber tomado los autores la palabra *actio*, unas veces en la una, otras en la otra acepcion.

La definicion que de la *actio* da el jurisconsulto Celso (*l*),

---

(*f*) L. 178, § 2, 3 de V. S. (L. 16), si bien es cierto que coloca tambien la *persecutio* entre las *actiones* (§ 3). Este texto se refiere por su inscripcion á la L. 2 de herec. vel act. vend. (VIII, 4), donde se examina la cuestion de saber que derechos, y principalmente que acciones trasmite el que vende una sucesion, al comprador. De este texto principal se han sacado todos los fragmentos que podian servir como definiciones y se les ha insertado en el título de Verborum significatione. Por su contenido los §§ 2 y 3 se refieren á la L. 2, § 8, citada, de igual manera que la L. 178, § 1, cit. se refiere á la 2. § 1. 3, 9 tambien cit. En las 2, § 3 la *persecutio* se distingue literalmente de las *actiones*. La rigurosa fraseología de que Ulpiano se sirve en la L. 178, § 2, cit. se vuelven á encontrar tambien en otro texto del mismo jurisconsulto, L. 49 eod.

(*g*) L. 35, § 2, L. 39 pr. de proc. (III, 3), donde á la *actio* se oponen lo *præjudicia*, los interdictos y las estipulaciones pretorianas. De igual manera, en la L. 68 de R. V. (V, 1) á las acciones se oponen los interdictos.

(*k*) L. 37, pr, de O. et A. (XLIV, 7). Dice aquí que el nombre *actio* comprende las acciones *in rem, in personam, directa, utiles*, como tambien los *præjudicia*, los interdictos y las estipulaciones pretorianas. De igual manera en la L. 25; pr. eod., y en el texto que cito en el § 206, *c*, se trata de las *in rem actiones*.

(*i*) L. 34, de V. S. (L. 16).—En la L. 14, § 2, de exc. rei jud. (XLIV, 2), habla de las *in rem actiones*.

(*k*) Gayo, IV, § 1. Véase IV, § 100, 106, 107.

(*l*) L. 51, de O. et A, (XLIV, 7). «Nihil aliud est actio, quam jus, quod sibi debeatur, judicio persequendi.» El *deberi*, en el lenguaje riguroso

la cual, con una ligera modificacion ha pasado á las instituciones de Justiniano (*m*), toma esta palabra en su significacion estricta, de manera que designa únicamente las acciones personales. No debe, sin embargo, inducirse de aquí, segun las razones más arriba expuestas, que esta significacion haya sido la única admitida en tiempo de Celso. Y sería un error más grande todavía creer que Justiniano, al insertar este texto en las Instituciones, haya querido presentar la significacion estricta como la sola verdadera y la única posible: la division que, conforme á la de Gayo (*in rem, in personam*), le sigue inmediatamente, desmentiría esta suposicion. No debe, pues, censurarse á los compiladores por haber colocado esta definicion á la cabeza del texto de las Instituciones, porque el sentido de las expresiones de este texto había cambiado de tal manera que se hacía imposible el error. Así, en el derecho justiniáneo, *judicium* no designa ya un proceso ante un *judex*, sino toda una clase de jurisdiccion y de debate judicial: de igual manera que las palabras *quod sibi debetur* abrazan todas las reclamaciones, cualquiera que sea su naturaleza, y no solamente aquéllas cuya base es una obligacion.

Hasta aquí he expuesto estas variaciones de lenguaje como un hecho; hé aquí, ahora, su explicacion. Durante largo tiempo no existió más accion que la *actio in personam*, expresion que era entónces sinónima de la de simple *actio*. Cuando, más tarde se introdujeron algunas acciones *in rem*, se las designó con la denominacion de *petitio*, y despues se juzgó conveniente extender la significacion de la palabra *actio* de manera que abrazase las dos clases de acciones, como especies de un mismo género. El pormenor de estos hechos históricos se liga con la division de las acciones, de que voy á ocuparme ahora.

---

de los antiguos jurisconsultos implica que la *obligatio* es el fundamento de la accion y, por consiguiente, excluye la *actio in rem*. El *judicio* designa el procedimiento ante un *judex* por oposicion á las *extraordinari cognitiones*.

(*m*) Pr. de act. (IV, 6): «Actio autem nihil aliud est, quam jus persequendi judicio quod sibi debetur.» No podemos ocuparnos aquí de la variante *in* judicio, que se encuentra frecuentemente, porque no cambia el sentido del texto.

§ CCVI.—Division de las acciones.—*In personam, in rem.*

Las diferentes especies de acciones, cuya distincion exacta es la que puede remediar la confusion que reina frecuentemente en esta materia, ofrece determinadas variantes, segun los motivos que presidan á la clasificacion. Entre estos motivos hay unos que afectan á la esencia misma de las acciones, es decir, al lazo que las une con los derechos que protejen; motivos que son importantes, no sólo para la inteligencia de las fuentes, sino tambien para el estudio profundo del derecho actual; hay otros que se refieren á las formas del procedimiento romano, siendo su carácter, por tanto, puramente histórico; pero, si bien no tienen existencia en el derecho actual, son indispensables para la inteligencia de las fuentes, por cuya causa es conveniente conservar las denominaciones técnicas (§ 224) de estas antiguas clasificaciones. No debe tomarse, sin embargo, esta distincion en sentido absoluto, porque los motivos de la primera clase no son exclusivamente prácticos, ni los de la segunda puramente históricos; la citada distincion descansa únicamente sobre el elemento que domina.

La division más importante de las acciones, en cuanto está fundada en la íntima naturaleza de los mismas, es la de *in personam* é *in rem actio*. Hé aquí como se presenta en el texto más explícito que poseemos sobre la materia (*a*):

§ 1, J. de actionibus (IV, 6): «Omnium actionum, quibus inter aliquos apud judices arbitrosve de quacumque re quæritur, summa divisio in duo genera deducitur: aut enim in rem sunt, aut in personam. Namque agit unusquisque aut cum eo qui ei obligatus est, vel ex contractu vel ex ma-

(*a*) Este texto no se ha tomado de las Instituciones de Gayo, no conocemos ningun fragmento del antiguo jurisconsulto donde se encuentre. No es esta una razon, sin embargo, para atribuirlo á los compiladores del Digesto. Pertenece evidentemente á algun jurisconsulto antiguo, como lo prueban las expresiones siguientes: *apud judices arbitrosve*; *intentio*; *dare facere oportere*; *suam rem esse*. En efecto, ¿cómo hubiera empleado este lenguaje un contemporáneo de Justiniano, época en la cual no se nombraban *judices*, ni podia tratarse de *formula*, ni de *intentio*? En este, como en otros muchos textos los compiladores de las Pandectas no tuvieron escrúpulo alguno en reproducir la fraseología de los antiguos jurisconsultos.

leficio, quo casu proditæ sunt actiones in personam, per quas intendit adversarium ei dare aut facere oportere et aliis quibusdam modis: aut cum eo agit qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam: quo casu proditæ actiones in rem sunt, veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, et possessor dominum se esse dicat: nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est.»

De este notable texto se desprenden importantes consecuencias. Desde luego, la division es general y abraza todas las acciones (Omnium actionum summa divisio); de manera que no hay accion alguna que no pertenezca á una ú otra especie. Estas espresiones, además, designan ideas similares, y no en apariencia, sino propiamente, dos especies de un mismo género. Por último, el carácter distintivo de las dos especies de accciones consiste en lo siguiente: se llama *in personam* la accion que proteje una *obligatio*, y se llama *in rem* la accion que proteje cualquiera otro derecho que no sea el de obligaciones.

Un texto de Gayo, mucho mas corto que el anterior, concuerda exactamente con esta explicacion. Gayo IV, § 1, 2, 3: (Si quæramus) quod genera actionum sint, verius videtur duo esse, in rem et in personam... In personam actio est, quotiens cum aliquo agimus, qui nobis vel ex contractu, vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus dare, facere, præstare oportere. In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aud jus aliquod nobis competere...

Aquí tambien tiene la division un carácter general, y Gayo advierte, § 1, que no deben confundirse estos *genera actionum* con sus especies particulares. De igual modo aparece que ambas expresiones designan ideas realmente similares, lo cual además se encuentra confirmado por otros nuevos textos de Gayo *(b)*. Los límites de ambas especies de acciones son tambien los mismos que Justiniano establece.

Ulpiano se expresa de identica manera, como se ve en el siguiente texto: L. 25, pr. de O. et A. (XLIV, 7): in rem, quæ dicitur vindicatio, et in personam, quæ condictio appellatur.

(b) Gayo, IV, § 17, 100, 103, 107.

Además otros muchos textos de Ulpiano y de Paulo suponen conocida esta division de las acciones y la aplican de diversa manera (*c*).

Podría creerse que me he tomado un trabajo superfluo en fijar la naturaleza de esta division que nadie ha puesto en duda; pero he insistido sobre este punto, porque un autor moderno ha atacado la teoría, atribuyéndole gran error de dialéctica (*d*). Contra la opinion ordinaria, que es tambien la mia, sostiene este autor la doctrina siguiente. En su orígen las espresiones *in rem, in personam actio* designaban dos órdenes de ideas muy diferentes: *in rem* designaba una sola accion (la que se fundaba en la propiedad) y despues se fué extendiendo sucesivamente á otros casos particulares; *in personam* designó desde el principio una clase entera de acciones. Justiniano fué el primero que impuso á estas expresiones el sentido de dos clases homogéneas de acciones, convirtiéndolas en dos especies de un mismo género, por la cual la division de las acciones debe considerarse como obra suya. Opongo á esta asercion la prueba alegada más arriba (nota *a*), referente á la circunstancia de que el texto decisivo de las Instituciones está tomado de un antiguo jurisconsulto, y los testimonios de Gayo, Ulpiano, y Paulo, que expresan absolutamente las mismas ideas que las Instituciones de Justiniano. Más adelante hablaré del elemento de verdad contenido en esta falsa doctrina, lo que hará resaltar más todavía el principio en que el error se funda.

Encontramos en Gayo, Ulpiano y Justiano, *vindicatio* como sinónimo de *in rem actio* (*e*); en Ulpiano y Justiniano *condictio* por *in personam actio* (*f*), y en Ulpiano *personalis actio* (*g*).

(*c*) Ulp. L. 68 de R. V. (VI, 1): L. 6. § 5, de aqua pluv. (XXXIX, 3); L. 37, pr. de O. et A. (XLIV, 7); L. 36 de V. S. (L. 16).—Paulo, L. 14, 2, de except. rei jud (XLIV, 2).

(*d*) Duroi, Bemerkungen, págs. 407, 409, 412, 423.

(*e*) Gayo IV, § 5, L 25, pr. de O. et A. (XLIV, 7), § 15, J. de act. (IV, 6).

(*f*) L. 25. pr. de O. et A. (XLIV, 7), § 15, J. de act. (IV. 6). Más adelante se verá (apendice XIV, núm. XXV) la razon de que Gayo no haya asimilado lo *condictio* á una *in personam actio*, sino que da á cada una de estas excepciones una significacipn muy estricta.

(*g*) L. 3, §, 3 ad exhib. (X, 4,) L. 6, § 5 de aqua pluv. (XXXIX, 3), L.

El principio de la division de las acciones se determina todavía con más exactitud atendiendo á las consideraciones siguientes. Antes de trabarse completamente el debate judicial (esto es, ántes de la *litis contestatio*) existe ó no determinadamente una obligacion propiamente dicha. En el primer caso la accion es *in personam*; en el segundo, *in rem*. No es, pues, circunstancia decisiva la existencia ó no existencia de la obligacion antes de que la violacion tenga lugar; así es que tanto las acciones que resultan de los contratos, como las que nacen de los delitos, son *personales*, y sin embargo, las primeras existen, no sólo ántes de la *litis contestatio*, sino que tambien ántes de la violacion, y las segundas sólo de ésta nacen. Tratándose de la propiedad, por el contrario, la simple violacion engendra ciertamente una relacion semejante á una obligacion (§ 205); pero la obligacion verdadera y propiamente dicha sólo existe despues de la *litis contestatio*, y he aquí porque la accion es *in rem*.

§ CCVII. *Division de las acciones.—In personam, in rem.* (Continuacion.)

Para prevenir toda objecion contra la generalidad de esta division, necesario es aplicarla á las diferentes clases de derechos, toda vez que ya se ha visto que las acciones modifican los derechos que les sirven de base.

Respecto de las acciones *in personam*, esta aplicacion no experimenta dificultad alguna. Nadie duda que pertenecen únicamente á esta categoría las que protegen las obligaciones.

Mas de aquí se desprende que si la division ha de agotar todas las materias del derecho, las acciones *in rem* han de proteger las relaciones que resultan del derecho de las cosas, del derecho de sucesion y del derecho de la familia (*a*). Ahora bien; por lo tocante á su aplicacion al derecho de

178, § 2, de V. S. (L. 16).—Pero la denominacion *realis* no se encuentra en ningun jurisconsulto ni en ningun autor de la antigüedad.

(*a*) Yo digo derecho de familia. Los Romanos hablan de la *questio de statu*, lo cual abraza dos clases de debates judiciales, á saber: 1.° el *status* político, la libertad y la cualidad de ingenuo: 2.° el *status* privado, es decir, la familia. No existiendo hoy el primer *status* en el dere-

las cosas, es decir, á la propiedad y á los *jura in re*, resulta incontestable, pues estos son precisamente los casos citados como ejemplos de las *in rem actiones* en las Instituciones y en Gayo. Estas acciones se denominan tambien *speciales* in rem actiones. La aplicacion á la accion hereditaria tampoco presenta duda alguna, puesto que tambien es llamada expresamente *in rem actio (b)*. Únicamente se disputa la cualidad de *in rem actiones* á las que resultan del derecho de familia; pero si no le fuese aplicable habíamos de reconocer forzosamente que la division no agota todas las materias del derecho.

Ciertamente, segun la opinion mas general, son *in rem* las acciones que se derivan de las relaciones de familia; y creíase completamente justificada esta opinion por el texto siguiente: § 13, J. de act. (IV, 6): «Præjudiciales actiones in rem esse videntur, quales sunt, per quas quæritur, an aliquis liber, vel libertus sit, vel de partu agnoscendo.»

Præjudicialis actio, se decía, es, segun este mismo texto, toda accion relativa al *status*, y entre ellas figuran principalmente todas las que resultan del derecho de familia, las cuales son *in rem* como lo declara expresamente nuestro texto. Se ha objetado que dicho texto no dice *sunt*, sino *esse videntur*, y que por tanto, las acciones perjudiciales *parecen* únicamente tener *analogía* con las *in rem actiones (c)*. Pero la objecion no era fundada, porque la palabra *videtur* expresa ordinariamente, no una apariencia ó una analogía, sino una realidad positiva *(d)*.

Más importancia tenía la objecion fundada en el primi-

---

cho romano moderno, el *status quæstio* equivale á un debate sobre las relaciones de familia. Hago esta indicacion para justificar los términos de que me sirvo en este párrafo. Véase tomo apéndice VI, núm. VI y XI.

(b) L. 27, § 3, de R. V. (VI, 1)... «in hereditatis petitione quæ ipsa in rem est... L. 25, § 18, de her. pet. (V. 3): Petitio hereditatis, etsi in rem actio sit... L. 49, cod».—Su determinacion en la persona del demandante podria dar lugar á dudas. Trataré mas adelante de este punto—Por lo demás esto se aplica únicamente á la reclamacion de la herencia; las relaciones de derecho secundarias tales como los legados etc., se refieren siempre á los derechos reales y á las obligaciones y están protegidas por acciones que se derivan de estas relaciones jurídicas.—Véase Apéndice XIII, núm. IX.

(c) Duroi, Observ., p. 21.

(d) Véase los textos citados por Dirksen, Manuale latinitatis, p. 1.000.

tivo sentido de *prœjudicium* que se refería, no al objeto de la accion, sino á una forma particular del procedimiento. Era el *prœjudicium* una *formula* con *intentio* únicamente y sin *condemnatio*; así pues, no era frecuentemente más que una medida previsora destinada á hacer constar una relacion de derecho que se quería excepcionar en un debate judicial posterior *(e)*. Evidentemente, se empleaba esta forma para todos los procesos relativos al *status*; pero tambien se empleaba en otros, y principalmente en aquéllos cuyo objeto era una obligacion *(f)*. De este descubrimiento se ha pretendido sacar frecuentemente la consecuencia de que el texto citado en las Instituciones, era la obra de los compiladores empleados por Justitiano, y por tanto, extraño al derecho romano propiamente dicho *(g)*. Pero son igualmente inadmisibles ambas proposiciones.

Se podría desde luego decir en el sentido del derecho justinianeo, que las acciones prejudiciales son las relativas al *status*, puesto que las demás acciones prejudiciales del antiguo derecho *(quanta dos sit, an prœdictum si*, etc.) no existían ya *(h)*. De esta manera, la explicacion ordinaria de este texto de las instituciones, resulta muy exacta, al ménos en el sentido del derecho justiniáneo, y el texto mismo exento de crítica, pues no desfigura el antiguo derecho, sino que lo pone en armonía con la modificacion general verificada en el derecho.

Pero yo voy más léjos todavía; pretendo que, áun dentro del espíritu del antiguo derecho, todos los *prœjudicia*, sin

---

(e) Esto es lo que dijo ya Teofilo sobre el § 13, J. de act., pero esta es una enseñanza estéril puesto que no conocemos las partes constituidas de la *formula*, ni la relacion entre estas partes. El testimonio de Gayo, IV, § 44, 48 tiene no solamente la importancia de ser completo, sino la de que nos hace por primera vez comprender la naturaleza de este carácter particular que revisten varias acciones.

(f) Gayo, III, § 123, IV, § 44. Paulo, V, 9, § 1, L. 30, de reb. acti. jud. (XLII, 5). No cito aquí á Gayo, IV. § 94, porque la *sponsio* de que habla, si bien tenía ciertamente una *condemnatio*, era como simple formalidad. «Nec tamen hæc summa sponsionis *exigitur*.» Sin ser un *prœjudicium* esta *sponsio* tenía igual fin y resultados. Gayo la llama tambien *sponsio prœjudicialis*.

(g) Duroi, Bemerkungen, p. 403—410, y principalmente p. 409.

(h) Si semejante caso se menciona en el Digesto (nota *f)*, esta mencion tiene por exclusivo objeto una enseñanza histórica, pues nadie en el derecho actual sostendría que este caso deba ser tratado de otra manera que en un proceso ordinario.

distincion, podían ser llamados *in rem*. Más adelante explanaré esta proposicion en toda su generalidad (§ 209); bástame ahora observar que en cuanto á los *præjudicia* que conciernen al *status*, únicos de que nos ocupamos aquí, hay testimonios directos que ponen esta opinion fuera de toda duda. El debate sobre la libertad se entablaba por medio de una *vindicatio in libertatem* ó *servitutem*. La emancipacion *per vindiciam (i)* descansaba tambien únicamente en la ficcion de una *in libertatem vindicatio*. De igual manera, la *legitima tutela* sobre las mujeres se trasmitía por una *in jure cessio (k)*, la cual no era más que una *vindicatio* simbólica *(l)*; de modo que la aplicacion de la forma de la *vindicatio* á esta especie de tutela resulta tambien evidente. Áun el debate sobre la existencia del poder paterno podía revestir la forma solemne de una *vindicatio ex jure Quiritium (m)*, así como tambien una de las formas solemnes de la adopcion, consistía en una *in jure cessio*, en virtud de la cual el padre adoptivo reclamaba por una *vindicatio* el poder paterno, como si ya le perteneciera (*n*).

Resulta, en suma de todo, que si como acabo de demostrar todas las acciones que nacen del derecho de las cosas, del derecho de sucesion y del derecho de familia, son *in rem*,

---

(*i*) Livio, XLI, 9.

(*k*) Gayo, I, § 168. Ulpiano, XI, § 6-8. XIX, § 11.

(*l*) Gayo, II, § 24. Ulpiano, XIX, § 9-10.

(*m*) L. 1, § 2, de R. V. (VI, 1). Hé aquí cómo explico este texto difícil. En un proceso sobre la paternidad, el præjudicium que en mi concepto era siempre *in rem*, podía revestir diferentes formas, de igual manera que si se tratase de una reclamacion de propiedad (Gayo, IV, § 91-95). Si se optaba por la forma más solemne de una vindicatio *ex jure Quiritium*, la demanda tenía una semejanza *literal* con la reclamacion de propiedad, como lo prueban las palabras: «per hanc autem actionem liberæ... non petuntur... *nisi forte*... adjecta causa quis vindicet.» Acaso se emplease esta forma más solemne cuando se tratara de presentar la reclamacion ante los centunviros. Sin embargo, la *vindicatio* del hijo aquí mencionada, podía referirse no á la forma más solemne del proceso verdadero, sino á la aplicacion simbólica de esta forma en materia de adopcion (nota *n*). Por lo demás, la dificultad de este texto se ha originado probablemente por ciertas interpolaciones y omisiones; pero los compiladores no han inventado la *vindicatio ex lege Quiritium*, aunque hayan podido sustituir *lege* á *jure*, como en otras partes *jure Romano* á *jure Quiritium*, con el objeto, sin duda, de borrar todo recuerdo de la prescrita forma *ex jure Quiritium*.

(*n*) Gayo, I, § 134: «is qui adoptat vindicat apud Prætorem filium sum esse.»

es preciso rechazar la fraseología generalmente adoptada que restringe esta denominacion á las acciones que resultan del derecho de las cosas, porque entónces la division *in personam, in rem,* no sería una division general que abrazase todas las acciones *(o)*. Esta fraseología viciosa ha sido favorecida por la engañosa concordancia de ciertas expresiones técnicas, en su mayor parte arbitrariamente creadas y sin tener en cuenta el lenguaje de las fuentes del derecho. Así, al derecho de las cosas como parte de la ciencia, se le llamaba *jus in rem,* y el mismo nombre se daba á cada derecho real particular. De igual manera, el conjunto del derecho de obligacion y cada obligacion en particular, se denominaba *jus in personam.* Y refiriendo arbitrariamente las expresiones técnicas así creadas con las empleadas en las fuentes, se llega inevitablemente al principio de que al *jus in rem* responde la *actio in rem,* y al *jus in personam, la actio in personam,* lo cual nos muestra con evidencia los peligros que entraña una fraseología arbitraria.

§ CCVIII.—*Division de las acciones.—In personam, in rem.* (Continuacion.)

Ordinariamente suele presentarse como signo característico de la division de acciones que nos ocupa la circunstancia de que la accion personal se dirige contra un adversario determinado y conocido, y la accion *in rem* contra un adversario desconocido é indeterminado (§ 56, *f*). Esta distincion significa que para la primera clase de acciones, la única persona que puede violar el derecho, esto es, el demandado ó deudor es determinado y conocido ántes de la violacion, miéntras que respecto á las acciones *in rem,* pudiendo todo hombre cometer la violacion que engendra la accion, la persona del deudor es indeterminada hasta tanto que el derecho no haya sido efectivamente violado. En este

---

(o) V. tomo 1.°—Por el mismo motivo es preciso evitar la expresion accion *real* (por *in rem actio*), empleada por varios autores. porque tal frase nos lleva naturalmente á restringir la accion así denominada exclusivamente á los *derechos* reales (la propiedad y los *jura in re*). La expresion *accion personal* es irreprochable, porque responde perfectamente á la *personalis actio* de los romanos, y no puede dar lugar á ningun error sobre el fondo de las cosas.

sentido las expresiones *in personam* ó *in rem* se emplean tambien para distinguir si un acto jurídico se refiere ó un discurso se dirige á una persona determinada ó indeterminada *(a)*.

Esta circunstancia, sin embargo, no es decisiva para marcar la division de las acciones, y no debe atribuírsele excesiva importancia, pues existen acciones personales que se dirijen contra un adversario indeterminado, como por ejemplo, contra el poseedor de una cosa, de igual manera que si se tratase de una regla para las *in rem actiones*. Así, aquél á quien se ha forzado por la violencia á verificar un acto jurídico puede exigir el restablecimiento del estado de cosas que existía ántes del acto; la accion y la excepcion que este derecho le confiere se ejercitan contra todo poseedor, la *actio* ó *exceptio* se dice entónces que es *in rem scripta (b)*, expresion equivalente á la anteriormente mencionada (nota *a)* y, sin embargo, la referida accion es puramente *in personam* (*c*). La *actio ad exhibendum* tiene el mismo carácter; se ejercita contra cualquiera que se encuentre en posicion de presentar la cosa, á pesar de lo cual está formalmente designada como una accion personal (*d*). De

(*a*) Pactum in rem. L. 7, § 8. L. 57, § 1, de pactis (II, 14).—Nunciatio in rem fit. L. 10, de O. n. n. (XXXIX, 1).—Prætor in rem loquitur, edictum in rem scriptum est. L. 9, § 1. quod metus (IV. 2), L. 5, § 4, quibus ex causis (XLII, 4).

Así, la expresion *in rem* designa la impersonalidad.—Puede tambien distinguirse una *intentio in rem* de una *in personam concepta*, segun que se designe ó no la persona del adversario. En este sentido puede decirse que toda *in rem actio* tiene una *in rem concepta intentio;* pero una *in personam actio*, tiene, segun las circunstancias, unas veces *intentio in personam concepta*, otras veces *in rem concepta*. Lo dicho es sin embargo aplicable solamente á las acciones pretorianas. L. 1, § 3, de interd. (XLIII, 1), L. 5, § 13, quod vi (XLIII, 24). Respecto á las acciones civiles, su naturaleza se conocía inmediatamente por la redaccion de la fórmula. V. § 216, w.

(*b*) L. 9, § 8, quod metus (IV, 2), L. 4, § 33, de doli exc. (XLIV, 2). La denominacion *in rem scripta actio* no debe considerarse como una expresion técnica irreprochable. Véase Duroi, Bemerkungen, páginas 410, 412.

(*c*) El que ha sido desposeido puede, por medio de la restitucion pretoriana, recobrar inmediatamente su propiedad, lo que caracteriza dicha accion como verdadera *in rem actio*; pero se la distingue cuidadosamente de la *actio metus causa* que podía ser ejercitada concurrentemente, con lo cual aparece indudable la naturaleza personal de esta última *actio*. L. 9, § 4, 6, quod (IV, 2), L. 3, C. eod. (II, 20).

(*d*) L. 3, § 3, 15, ad exhib. (X, 20).

igual manera, lo *actio aquæ pluviæ* es personal, y sin embargo, salvo una ligera restriccion se ejercita contra todo poseedor; y otro tanto puede decirse del interdicto *quod vi* (e). Así tambien toda accion noxal resulta de un delito, esto es, de una obligacion, y no obstante se ejercita contra el que sea propietario del esclavo, segun la regla noxa caput sequitur (*f*), como acontece igualmente con la accion en reparacion del daño causado por los animales (*g*). El interdicto *quod legatorum* es personal, como todos los interdictos, y sin embargo, alcanza á todos los poseedores de la cosa de que el legatario se apoderara sin reclamar su entrega (*h*). Por último, la accion en reclamacion de impuestos atrasados se ejercita contra el último poseedor del inmueble orígen del impuesto (*i*).

Por otro lado, existen ciertas *in rem actiones* exclusivamente dirigidas contra una persona determinada. Tal es principalmente la *hereditatis petitio* que, al contrario de lo que sucede con la accion resultante de la propiedad, no se ejercita contra todo poseedor, sino solamente contra el que posee *pro herede ó pro possessore* (*k*). Cuando un deudor insolvente enagena fraudulentamente sus bienes en perjuicio de sus acreedores, el adquirente de los bienes así enagenados sólo está sujeto á la accion *Pauliana*, cuando ha sido cómplice en el fraude ó los ha adquirido á título gratuito (*l*) Esta accion, personal en sí misma (*m*), puede en caso de necesidad, de igual manera que la accion resultante de la violencia (nota *e*), transformarse en una *in rem actio*, por medio de una restitucion (*m*). Ahora bien, áun en este caso

---

(*e*) L. 6, § 5, L. 12, de aqua pluv. (XXXIX, 3).—L. 5, § 13, L. 7, pr., § 1, quod vi (XLIII, 24).

(*f*) § 5, J. de noxal. act. (IV, 8).

(*g*) L. 1, § 12, si quadr. (IX, 1).

(*h*) L. 1, § 13, quod leg. (XLIII, 3), comparada con la L. 1, § 3, de interd. (XLIII, 1).

(*i*) L. 7, pr. de publicanis (XXXIX, 4).

(*k*) L. 9, 10, 11, de her. pet. (V, 3).

(*l*) L. 6, § 8, 11, L. 10, pr., § 2, quæ in fraud. (XLII, 8).

(*m*) L. 38, pr., § 4, de usuris (XXII, 1).

(*n*) L. 10, § 22, quæ in fraud. (XLII, 8). Así se explica el § 6, J. de act. (IV, 6), cuya expresion demasiado general podría hacer considerar en todos los casos la *Pauliana* como una *actio in rem*, desconociendo así su limitacion á la persona del demandado contra los textos citados, notas *l* y *m*. Al restringir nuestro texto al caso especial de una restitu-

sólo puede dirigirse contra personas determinadas, y es por tanto una accion *in rem* contra individuales demandados (*o*). Una ley justiniánea concede á la mujer casada una *vindicatio* para la restitucion de su dote; pero esta ley, rectamente entendida, sólo concede accion contra el marido y no contra los terceros adquirentes (*p*).

Debe reconocerse, sin embargo, que la extension de las acciones personales á adversarios indeterminados, así como la restriccion de las acciones *in rem* á determinadas personas, constituyen una excepcion. Cuando no existen estas circunstancias excepcionales, resulta exacta la regla general establecida, á saber, que la accion se ejercita contra adversarios determinados ó indeterminados, segun que es *in personam* ó *in rem*.

CCIX. *Division de las acciones. In personam, in rem* (Continuacion).

Hasta aquí he presentado la division de las acciones *in personam, in rem*, tal como se reconocía en tiempo de Justiniano y aún en tiempo de Gayo; pero es necesario remontarse todavía á tiempos más lejanos para conocer con entera claridad la filiacion de las ideas y refutar completamente la errónea opinion cuyas aplicaciones particulares hemos visto en el § 207.

Bajo el imperio de las *legis actiones*, la distincion entre

---

cion, puedo además invocar las palabras *rescissa traditione*, y la analogía del § 5, que inmediatamente precede al relativo á una *in rem actio* igualmente fundada en una restitucion, y donde se encuentra, usada en el mismo sentido, la expresion *rescissa usucapione*. Véase Vinnio, ad § 6 cit. é igualmente Heinecio. El interés que podía tener el demandante en preferir la *in rem* á la *in personam actio* consistía en lo siguiente. El adquirente sometido á la Pauliana, por consecuencia de su dolo ó de su título de donatario, podía á su vez resultar insolvente, en cuyo caso la accion personal dirigida contra él no produciría resultado alguno.

(*o*) Una accion de esta especie podría ser designada con la expresion de *in rem actio in personam scripta*, advirtiendo que no es mi ánimo recomendar semejante designacion que nada tiene de auténtica ni es indispensable; trato solamente de hacer notar la relacion que existe entre esta especie de accion y la *personalis in rem scripta* de que ántes he hablado.

(*p*) L. 30, C. de j. dot. (V, 12): «Si tamen exstant.» El desenvolvimiento de este principio encontrará su lugar en otra parte.

los *in rem* é *in personam* era completa y se reconocía claramente por las formas especiales del procedimiento. Toda *in rem actio* se entablaba por medio de un acto simbólico, los *manus consertæ*, despues venía el nombramiento del juez y la instruccion del negocio ante éste. La *in personam actio* comenzaba por el nombramiento del *judex*, de modo que seguía la misma marcha que la *in rem actio*, menos el preliminar del acto simbólico (*a*). Así puede decirse que las acciones con ó sin *manus consertæ* respondían exactamente á lo que despues se llamó *in rem* é *in personas actiones*.

Esta forma de procedimiento se conservó respecto de los negocios llevados ante los centumviros hasta la época del mayor desenvolvimiento de la ciencia del derecho, pues habiéndola abolido para los demás negocios los decretos del pueblo, el procedimiento *per formulas* la sustituyó completamente (§ 205, *b*). Parece que al principio no se usaba de la accion *in rem*, porque todo debate judicial tomaba, por medio de una *sponsio* forzada, el carácter de una accion resultante de un contrato. Más adelante, las necesidades de la práctica hicieron admitir, respecto de la propiedad, que el demandante pudiese escoger entre la *sponsio* forzada y el procedimiento mas sencillo de accionar directamente contra su adversario para el reconocimiento de esta propiedad; y á este efecto se empleaba la *petitoria formula* (ordinariamente llamada *rei vindicatio* en las recopilaciones de Justiniano) con la *intentio rem suam esse*, á cuya frase unas veces se añadía: *ex jure Quiritium*, y otras veces se usaba sin esta última expresion. Tal estado de cosas se halla expuesto claramente en Gayo (*b*) y existía ya en tiempo de Ciceron, pues éste nos da un ejemplo de la *petitoria formula* enteramente conforme con los términos de Gayo (*c*).

(*a*) Gayo, IV, § 16, 17. En los párrafos mutilados que preceden. Gayo había descrito la *in personam actio*: continúa despues en estos términos: «Si *in rem* agebatur, mobilia quidem et moventia... in jure vindicabatur ad hunc modum (descripcion de las «manus consertæ»)... deinde sequebantur quæcumque (si) *in personam* ageretur...»

(*b*) Gayo, IV, § 91, 95. Habia dos especies de acciones en el procedimiento por fórmulas para la reivindicacion de la propiedad, y además la *Sacramenti legis actio* ante el tribunal de los centunviros.

(*c*) Ciceron, in Verrem, II, 12: *L. Octavius judex esto: Si paret fundum Capenatem, quo de agitur, ex jure Quiritium P. Servilii esse.*

En este sentido aparece una sola *in rem actio* en el procedimiento por fórmulas, por lo cual podía decirse entónces que *in rem actio* era la denominacion individual de la accion resultante de la propiedad, é *in personam actio* la designacion genérica de todas las demás acciones.

Los vestigios de esta fraseología, se conservaron, como en semejantes casos acontece siempre, hasta tiempos muy posteriores, y vemos frecuentemente la frase *in rem actio* empleada como nombre individual *(d)* por autores que en otras partes se sirven de esta expresion para designar una clase entera de acciones, opuesta á la clase de *in personam actiones* (§ 206). La necesidad de evitar las complicaciones del procedimiento por *sponsio*, hizo extender la *petitoria formula* á otros derechos, además del de propiedad, y entónces *in rem actio* tuvo un sentido genérico como *in personam actio* y pudo decirse con Gayo: duo *genera* esse actionum, in rem et in personam (§ 206). Así, la accion llamada confessoria no es en realidad más que la *petitoria formula* aplicada á las servidumbres, de igual manera que nuestra *hereditatis petitio* es la *petitoria formula* para el derecho de sucesion. Sabemos positivamente que ésta última ha sido reconocida despues que la relativa á la propiedad, pues Ciceron que conocía perfectamente la *petitoria fórmula* empleada en las cuestiones de propiedad (nota *c)*, dice expresamente que respecto al derecho de sucesion no existen más que dos formas de acciones, á saber: la que se ejercita ante los centunviros, y la que se entabla por medio de la *sponsio (e)*.

---

neque is fundus Q. Catulo restitueretur: non necesse erit L. Octavio judici cogere P. Servilium Q. Catulo fundum restituere, aut condemnare eum quem non oporteat? Evidentemente Ciceron suministra una fórmula usual y generalmente admitida, y la grande injusticia que pone de manifiesto consiste, segun esta redaccion, en ver restituir el inmueble á otro que al que se ha presentado como propietario.

(*d*) Así aparece en Gayo (IV, 51. 91, 86, 87), Ulpiano (L. 1, § 1, de R. V., VI, 1), Paulo (L. 23, pr. eod.), y en varios textos del título de R. V. del Digesto (VI, 1).—Los anteriores textos, sin embargo, nos esclarecen la L. 25, pr. de O. et A. (XLIV, 7): «In rem actio est per quam rem nostram, quæ ab alio possidetur, petimus»; mas como estas palabras vienen inmediatamente despues de la division de las *actiones in duo genera* (V. § 206), no constituyen una definicion de la *in rem actio*, sino un ejemplo destinado á explicar la idea del género. Por otra parte resultaría de estas expresiones que Ulpiano mismo rehusase á la *confessoria* el carácter de una *in rem actio*.

(*e*) Ciceron in Verrem, I, 45: «Si quis testamento se heredem esse ar-

El desarrollo y extension de la nueva forma de procedimiento no se verificó de un golpe, sino sucesiva y gradualmente, ora por medio de una accion determinada, ora por medio de otra. A este efecto, se empleó una expresion indiferente por sí, y de ninguna manera necesaria: *res incorporalis (f)*; y como á las servidumbres y á las sucesiones se las designaba con este nombre, no se tuvo escrúpulo alguno en aplicarlo á la *vindicatio* usada ya para las *res corporalis*; los términos de la fórmula podían permanecer los mismos, puesto que las servidumbres y el derecho de sucesion formaban parte, de igual manera que la propiedad, del antiguo derecho civil riguroso (*g*). En otros casos se recurrió á una *utilis actio*, es decir, á la ficcion de la propiedad, expresada en la fórmula misma (*h*). Pero como este género de acciones se multiplicaba de dia en dia por consecuencia de las necesidades de la práctica, cesó, por último, de recurrirse á los expedientes mencionados para aplicar la accion individual resultante de la propiedad á otras acciones individuales, é insensiblemente se formó la idea genérica de las *in rem actiones*, correspondiente á la antigua de las *in personam actiones*. Por falta de datos no podemos seguir en sus pormenores la historia de este desenvolvimiento de ideas. Evidentemente no hubo modificacion alguna visible, sobrevenida en una época determinada, de suerte que subsistió durante cierto tiempo la antigua fraseología al lado de la nueva; pero como la antigua complicacion se refería á la composicion

---

bitraretur, quod cum non extaret, lege ageret, in hereditatem, aut, pro præde litis vindictarum cum satis accepisset, sponsionem faceret, ita de hereditata certaret.» De las tres clases de acciones enumeradas por Gayo (nota *b*), para la reclamacion de la propiedad, dos solamente se consideran aquí aplicables á una sucesion litigiosa, miéntras que tratándose de la propiedad, el mismo Ciceron (nota *c*), estima que le es igualmente aplicable la tercera forma, ó sea la *petitoria formulæ*.

(*f*) No pretendo que esta expresion haya sido inventada con semejante fin, pues, en efecto, abraza tambien las obligaciones, y por tanto tiene más extension que la *reivindicatio* de las cosas incorporales. Por lo demás, no pretendo ocuparme aquí de la idea de las cosas incorporales, asunto que encontrará su lugar oportuno en el libro cuarto.

(*g*) Respecto á la propiedad se redactaba la intentio de la siguiente manera: rem suam esse (Gayo, IV, § 92): por ejemplo: fundum Servilii esse (nota *c*); y aquí la *intentio* es: jus nostrum esse (Gayo, IV, § 3), ó hereditatem nostram esse.

(*h*) Así, por ejemplo, la fórmula de la accion publiciana. Gayo, IV § 36.

de las *formulæ*, la abolicion del procedimiento formulario debió contribuir á hacer desaparecer lo que en el uso se había conservado del órden de ideas primitivo.

Encontramos expresado de la manera más terminante el nuevo órden de ideas en el texto de las instituciones de Justiniano (§ 206), citado anteriormente, texto probablemente tomado de un antiguo jurisconsulto, y acaso de las *res quotidianæ* de Gayo: al ménos no tenemos motivo alguno para rechazar esta suposicion. Aunque este texto fuera obra de la comision nombrada por Justiniano, no se podría, sin gran injusticia, declararlo inferior á los textos de los antiguos jurisconsultos, como tampoco podría declarársele superior, poniendo contra toda analogía á los redactores de las instituciones por cima de Ulpiano y de sus contemporáneos. En efecto, no se trata aquí de dos opiniones individuales, y aunque demos la preferencia á la doctrina adoptada en tiempo de Justiniano, no es á causa del mérito del redactor, sino más bien por la fuerza orgánica existente en el seno de estas relaciones de derecho, que en los nuevos principios habría encontrado su más natural y sencilla manifestacion.

He creido necesarios estos descubrimientos para ponerme en guardia contra un autor moderno que parece consagrar al restablecimiento de los verdaderos principios del derecho romano, una poderosa dialéctica y una crítica severa *(i)*. Este autor admite, tal como han sido expuestos por mí, los presupuestos históricos fundamentales; considera la transicion al procedimiento *per formulas* y los espedientes exigidos por las necesidades de la práctica, en los diversos casos particulares, como la perfeccion absoluta del derecho romano en materia de acciones, y estima que la expresion tan satisfactoria y sencilla de las instituciones de Justiniano es una corrupcion arbitraria del verdadero derecho romano, que estaríamos condenados á ignorar. Semejante punto de vista es falso é incompleto, áun considerado como exposicion puramente histórica del derecho de las acciones, y con mayor razon debe ser completamente rechazado en la práctica. Así, con arreglo á la doctrina de este autor, las exten-

(i) Duroi, Observ., p. 32-35, p. 49-62. Duroi, Bemerkungen, principalmente p. 253, 261, 280, 412 y sig.

siones individuales de la accion de la propiedad, ensayados en tiempo de los antiguos jurisconsultos, deberían aplicarse á determinadas clases de acciones, y estos caractéres accidentales é históricos tendrían una vitalidad de tal manera indestructible que habrían de servir de tipo áun para las instituciones germánicas. De esta manera se aplicaría á las cargas reales del derecho germánico el principio de la reivindicacion romana de las cosas incorporales y el principio de la *utilis vindicatio* á los feudos y á los bienes de los campesinos *(k)*. No creo que para apreciar las relaciones de la vida actual se haya hecho nunca un abuso tan extraño de los datos históricos.

Terminaré este asunto con algunas palabras sobre la transicion que puede verificarse de una á otra clase de acciones. En la mayor parte de las acciones *in rem*, al mismo tiempo que la reclamacion del objeto principal del litigio, se hacen otras reclamaciones accesorias, fundadas en una obligacion; como, por ejemplo, una indemnizacion debida por los frutos consumidos ó por el deterioro de la cosa reivindicada; pero, teniendo estas acciones una naturaleza subordinada y relativa, permanecen con el carácter de acciones *in rem*, cualquiera que sea, por otra parte, la importancia de su resultado. Por el contrario, existen tres acciones que, fundadas en verdaderas obligaciones, se llaman con justo título *personales* (*l*); pero que son esencialmente distintas de las demás de esta clase en cuanto, al resolverse, puede decidirse tambien una cuestion de propiedad. En efecto, en las acciones de particion propiamente dichas *(familiæ herciscundæ* y *communi dividundo*) la demanda entraña la

---

(*k*) Duroi, Bemerkungen, p. 292-295, 386 y sigt 418.—El principio era igualmente aplicable, ora se tratase de instituciones extrañas al derecho romano, ora de instituciones de este mismo derecho. Considerar, en efecto, la *confessoria* como la *vindicatio* de una *res incorporalis*, es pretender que esta accion, en lugar de proteger contra toda especie de violacion el derecho conferido por la servidumbre, garantiza únicamente la propiedad de este derecho contra el poseedor delmismo. (Bemerkungen. págs. 278, 281, 290-292). La *confessoria* de esta manera aplicada, responderia muy mal á las necesidades de la práctica; y por otra parte, semejante interpretacion se encuentra en oposicion directa con muchos textos del derecho romano. V. L. 60. § 1. de usufr. (VII, 1), L. 1, pr. L. 5, pr., usufr. (VII, 6). L. X, § 1, si serv. (VIII, 5).

(*l*) L. 1. fin. reg. (X, I): «Finium regundorum actio *in personam* est, licet pro vindicatione rei est.» L. 1, § 1, C. de ann. except. (VII, 40).

decision de la copropiedad litigiosa del demandante, si estaba en posesion de la cosa (*m*); y en cuanto á la *actio finium regundorum*, el demandante puede recobrar tambien por vía de reivindicacion la porcion del inmueble de que estuviese privado, á causa de la confusion de límites (*n*). Por este motivo se dice que semejantes acciones *mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam* (*o*).

Tal expresion se explica por la naturaleza misma de las relaciones de derecho y por las prescripciones del derecho justiniáneo. En el antiguo derecho tenía un sentido diferente, pues se refería más bien á la forma; pero hasta más adelante (§ 216), no puedo dar la explicacion de este último punto. Así la *hereditatis petitio*, ciertamente *in rem* (§ 207, *b*), es llamada en un texto (*p*) *mixta personalis actio*, no á causa de un aspecto personal en sus efectos, pues este carácter no le pertenece exclusivamente, sino á causa de que la persona del demandado aparece más determinada que en las demás *in rem actiones* (*q*).

§ CCX. *Division de las acciones.—Acciones penales.*

La division indicada en este epígrafe se refiere tambien á la naturaleza íntima de las acciones, á su objeto, á su fin y á sus efectos. A primera vista parece que no es más que una subdivision de las acciones personales (*a*), por más que en una de sus modificaciones excede considerablemente de sus límites; mas, por el contrario, se refiere exclusivamente á las acciones concernientes á los bienes.

(*m*) L. 1, § 1, fam. herc. (X, 2).

(*n*) «Pro vindicatione rei est.» Véase nota *l*.

(*o*) § 20, J. de act. (IV, 6). No trato aquí del motivo que pueda justificar esta expresion. ¿Ha sido empleada en la antigüedad por un grande ó por un pequeño número de jurisconsultos? Esto es lo que no puede fijarse con exactitud.

(*p*) L. 7, C. de pet. her. (III, 31).

(*q*) Véase § 207, *b*, 208, §, y apéndice XIII, núm. IX.

(*a*) § 17, J. de act. (IV, 6). «Rei persequendæ causa comparatæ sunt *omnes in rem actiones*. Earum vero actionum, *quæ in personam sunt*, hæ quidem» rel. (aquí viene la division).—Segun su objeto, esta materia podría ser considerada como una division de las obligaciones y separarse del tratado de las acciones; pero tiene con la teoría de estas tan multiplicados puntos de contacto que se hace indispensable estudiarla en este lugar.

Destínanse éstas, en efecto, á mantener la integridad de los bienes de cada uno, ó á restablecer esta integridad, cuando ha sido atacada por cualquier hecho, é impiden que una de las partes sea despojada y la otra enriquecida injustamente, tales son por ejemplo, la *rei-vindicatio*, y la accion que resulta del préstamo. Conseguido el objeto que estas acciones se proponen, quedan ámbas partes tan ricas como ántes, y por consiguiente, impiden un cambio en el estado económico, y ponen el hecho en armonía con el derecho. Ahora bien, una institucion artificial y enteramente positiva atribuye además á várias violaciones otra consecuencia de trascendencia mayor, que consiste en despojar al autor de la violacion para enriquecer á aquél cuyo derecho ha sido violado. Opérase, pues, en ella, por consecuencia de la violacion, un cambio en el estado de los bienes, y el objeto de esta modificacion se llama *pœna*.

Cuando hay lugar á una *pœna* semejante, los dos objetos mencionados, á saber, la conservacion y la modificacion á título de pena se persiguen, unas veces por una sola accion y otras veces por dos acciones diversas (*b*); pero esta es una circunstancia accidental y secundaria. De una accion que tiende á la simple conservacion de los bienes se dice: *rem persequitur, rei persequendæ causa datur*; de una que tenga por objeto la pena: *pœnam persequitur*, *pœnæ persequendæ causa datur pœnalis est*; de una accion que reuna ámbos objetos: *mixta est*, aunque frecuentemente tambien se la llama simplemente *pœnalis* (*c*). No vamos á ocuparnos ahora especialmente de esta última clase, porque, componiéndose realmente de dos acciones distintas, es fácil, áun en su aplicacion, el separar sus partes constitutivas.

(*b*) Así, la *condictio furtiva* tiene por objeto obtener la restitucion de la cosa ó su valor, es decir, la conservacion de los bienes; la *furti actio* sólo tiene por objeto la pena, y la *actio vi bonorum raptorum* abraza á la vez la restitucion y la pena.

(*c*) Los textos más generales son: Gayo, IV, § 6, 9, § 16, 19, J. de act. (IV, 6). Examinaré desde luego la fraseología adoptada. Los autores modernos llaman con frecuencia á una de estas especies de acciones, *rei persecutoriæ*, pero este adjetivo no se encuentra en ningun texto auténtico. Como sustantivo, y en un sentido muy diferente, se encuentra usada esta palabra una sola vez en el Código justinianeo (L. un. C. J., de auri publ., X, 72); pero áun esta misma leccion es muy dudosa, pues en el Código teodosiano se lee: *prosecutoria* (L. un. C. Th. eod., XII, 8).

Las dos especies de acciones que acabo de describir tienen siempre un resultado de igual naturaleza: las acciones penales modifican el estado de los bienes; las otras lo conservan. Mas la simplicidad de esta relacion viene á complicarse en virtud de una clase de acciones numerosa é importante que ocupa un lugar intermedio. Su carácter distintivo consiste en producir un resultado de diferente naturaleza para cada una de las partes, á saber: para el demandante, la conservacion del estado de los bienes; para el demandado, una modificacion posible de este estado; de manera que el objeto de la accion es una indemnizacion para el primero, y una pena para el segundo. Citaré como ejemplo de esta clase intermediaria la *actio doli*, que sólo procura al demandante la reparacion del daño causado por el fraude de su adversario, miéntras que éste queda obligado á la reparacion, aunque no hubiera obrado por el incentivo del lucro, sino puramente por simple malignidad, de suerte que la accion entónces consigna una pena, puesto que lo empobrece positivamente, y no se limita á impedir una ganancia ilícita (*d*).

Esta complicacion de relaciones supone, cuando es completa, la destruccion de una porcion de bienes que empobrece al propietario sin que enriquezca al autor de la violacion.

Por lo demás, al fijar como signo característico de esta clase de acciones intermediarias el de que obran como pena respecto del demandado, me refiero á las circunstanscias más extremas de los casos en que se aplican. Así, volviendo al ejemplo citado, el autor del fraude puede ganar todo lo que pierde el demandante, en cuyo caso no sufre realmente una pena, sino que restituye una ganancia ilícita. Pero la simple posibilidad de la pena determina la naturaleza jurídica de la accion, sin tener en cuenta las diferencias accidentales que en sus resultados puedan ofrecer ciertos casos particulares. El objeto de estas acciones pue-

---

(*d*) L. 39, 40, de dolo (IV, 3).—Esta variedad de las acciones penales no ha sido siempre notada por los autores. Entre los que la han reconocido citaré á Vinnio, sobre el § 1. J. de perpet. (IV, 12), núms. 4, 5. Se trata tambien cuidadosamente, aunque su teoría es muy diferente á la mia, en Kierullfs, Theorie des gemeinen Civilrechts, t. 1, ps. 220. 230.

de ser, pues, mixto ó complejo, como sucede, segun se ha notado, en las acciones penales bilaterales designadas con el nombre de *mixtæ actiones*; mas téngase presente que la composicion es de diferente naturaleza y ofrece diversos límites en cada una de estas dos especies de casos.

Para hacer más comprensible mi teoría, adopto la clasificacion siguiente:

Acciones penales bilaterales que operan para ámbas partes una modificacion en el estado de los bienes, tal como la *furti actio*.

Acciones penales unilaterales susceptibles de ofrecer el carácter de la pena, pero solamente para el demandado, como la *doli actio*.

Acciones conservadoras que no modifican la situacion económica de ninguna de las partes, tales como la accion resultante de la propiedad ó del préstamo *(e)*.

La fraseología de los jurisconsultos romanos no es constante en manera alguna, y más que cualquiera otra materia pide ser cuidadosamente estudiada.

1.° Respecto á las acciones penales bilaterales encontramos las siguientes designaciones:

Pœnales actiones.

§ 9, J. de L. Aquil. (IV, 3).

§ 1, J. de perpet. (IV, 12).

L. 23, § 8. ad L. Aquil. (IX, 2) (Ulpiano).

L. 1, § 23, de tut. (XXVII, 3) (Ulpiano).

L. 1, pr. de priv. del. (XLVII, 1) (Ulpiano).

L. 3, § 1, de R. J. (L. 17) (Gayo).

Pœnam persequntur, pœnæ persequendæ causa comparatæ, ad pœnam respiciunt.

Gayo, IV, § 6-9.

§ 16-19, J. de act. (IV, 6).

L. 50, pro soc. (XVII, 2) (Paulo).

Por oposicion á estas acciones se dice, hablando de todas las demás, lo cual comprende tambien á las acciones penales unilaterales.

(e) Cuando hay necesidad de comprender bajo un solo nombre las acciones exclusivamente penales y las que tienen por objeto una reparacion, puede emplearse la expresion de *«acciones en reparacion del daño»* por oposicion á las puramente penales. Me serviré de esta frase más adelante en el § 234.

Rem persequuntur, rei persequendæ causa comparatæ, ad rei persecutionem respiciunt, rei persecutionem continent. Gayo, IV, § 6-9.

§ 16, 19, J. de act. (IV, 6) y aquí se añade la palabra mixta para designar las acciones mixtas.

L. 50, pro soc. (XVII, 2) (Paulo).

L. 21, § 5, de act. rer. amot. (XXV, 2 (Paulo).

Bajo el punto de vista de esta fraseología se designan especialmente las acciones penales unilaterales de la siguiente manera:

Factum puniunt.

L. 9, § 1, quod falso (XXVII, 6) (Ulpiano).

Ex delito dantur, pertinent ad rei persecutionem.

L. 7, de alien. jud. (IV, 7) (Gayo).

Pœnæ nomine concipiuntur, rei continent persecutionem.

L. 9, § 8: L. 11, reb. caut. jud. (XLII, 5) (Ulpiano).

Non est pœnalis, sed rei persecutionem continet.

L. 4, § 6, de alien. jud. (IV, 7) (Ulpiano).

Resulta, pues, de todos estos textos que la distincion característica se funda en la circunstancia de que la accion unas veces enriquece y otras indemniza al demandante.

2.° Existen, sin embargo, otros textos en donde se emplean las mismas excepciones para distinguir los diferentes efectos que la accion produce con respecto á los bienes del demandado, segun que en todos los casos se halla obligado á verificar una prestacion, aunque esto lo haga positivamente más pobre, ó solamente á restituir lo que fuera un lucro ilícito (quod ad eum pervenit, quatenus locupletior est, ut lucrum extorqueatur).

Aplicando esta segunda fraseología y contrariamente á la que precede, la accion penal unilateral se llama *pœnalis*.

L. 1, § 5, 8, ne vis fiat (XLIII, 4) (Ulpiano).

Y por via de consecuencia las expresiones *rei persecutionem continent* se aplican exclusivamente á las acciones conservadoras, de manera que las acciones penales unilaterales, principalmente la *doli actio*, no están comprendidas en esta denominacion.

L. 35, pr. de O. et A, (XLIV, 7) (Paulo).

L. 3 pr. § 1 de vi (XLIII, 16) (Ulpiano).

L. 3, § 1, (L. 1, § 4; L. 19), si quid in fraud. (XXXVIII, 5) (Ulpiano).

L. 7, § 2, de cond. furtiva (XIII, 1) (Ulpiano).

Sólo con gran reserva puede tomarse como guía para determinar la naturaleza de una accion, la denominacion que le dan los textos; pues Ulpiano mismo unas veces concede y otras rehusa el nombre *pœnalis actio* á una accion penal unilateral, y el empleo de la frase *rei persecutionem continent* ofrece la misma incertidumbre.

§ CCXI. *Division de las Acciones.—Acciones penales.* (Continuacion.)

La naturaleza propia de las acciones penales puede reducirse á los principios siguientes:

A) Cuando el acto se cometió por un esclavo, puede la accion ejercitarse contra el señor, como *noxalis actio*, regla que se aplica igualmente á las dos especies de acciones penales (*a*).

B) Cuando el delito resulta de la accion de varios indivíduos, hay que distinguir entre las dos clases de acciones penales. Las bilaterales se ejercitan por toda la pena contra cada uno de los que intervinieron en el delito; de manera que la pena se sufre tantas veces como personas toman participacion en el hecho. Las acciones unilaterales pueden

---

(*a*) Casi todos los textos sobre acciones noxales se refieren á acciones penales bilaterales; la mayor parte á la *furti actio*. De aquí se desprende que se pueden ejercitar como noxales las acciones unilaterales, puesto que tienen ménos gravedad; y efectivamente así se comprueba por la L. 9, § 4, de dolo (IV, 3) y por la L. 9, § 1, quod falso (XXVII, 6). La L. 1, § 2, de priv. del. (XLVII, 1), dice, además: «in ceteris quoque actionibus, *quæ ex delictis oriuntur*... placet ut noxa caput sequatur»; luego abraza evidentemente las dos clases de acciones penales. En cuanto á los actos de los esclavos, obligatorios por su naturaleza, puede decirse en general que la *actio de peculio* y la *actio noxalis* se excluyen mútuamente. Si se trata de un acto lícito la *actio de peculio* es la única admisible; si se trata de un delito es aplicable la *actio noxalis*. L. 49, de O. et. A. (XLIV, 7).

(*b*) L. 51, in f. ad L. Aquil. (IX, 2), L. 55, § 1, de admin. (XXVI, 7): «Nam in aliis furibus,» rel., L. 5, § 3, si quis eum (II, 7), L. 1, C. de cond. furt. (IV, 8): «Prætor provinciæ sciens furti quidem actione *singulos quosque in solidum teneri*, condictionis vero numorum furtim substractorum *electionem esse*, ac tum demum, si ab uno satisfactum fuerit, *ceteros liberari*, jure proferre sententiam curabit.» Si no tuviésemos aquí más que las palabras *in solidum*, podría referírselas á un derecho de eleccion en cuanto á la pena; pero la adicion de *singulos quosque* y más todavía el contraste tan bien marcado de la *condictio furtiva*

ejercitarse á eleccion del demandante, contra todos los cómplices; pero desde el momento en que uno de ellos satisface lo que constituye ó puede constituir la pena, quedan los demás libres de su obligacion (*c*). Y, en efecto, limitándose el derecho del demandante á hacerse indemnizar, es obvio que la indemnizacion no puede ser pagada más que una vez.

C) En cuanto á la trasmision de las acciones penales contra los herederos del demandante, existen diferentes reglas para ambas clases de acciones.

Las bilaterales no se ejercitan nunca contra los herederos; ó en otros términos, nadie puede reclamar lo que se le debe á título de pena contra los herederos de su deudor (*d*). Sin embargo, hay que hacer dos advertencias. Si la accion es *mixta*, puede reclamarse contra los herederos del delincuente la porcion debida á título de indemnizacion, pero sólo hasta dónde alcance el beneficio que les hubiese procurado el delito (*e*); tal es la regla general para todas las obligaciones fundadas en un delito (*f*). Si la accion se ha ejercitado

---

ponen fuera de toda duda el pensamiento del jurisconsulto. Otro tanto puede decirse, y con mayor razon, de la injuria, puesto que el acto de cada uno de los individuos que intervinieron en el delito constituye por sí una injuria. L. 34 de injur. (XLVII, 10). A las acciones de esta especie se refiere la L. 5, pr. de nox. act. (IX, 4): «neć altero convento alter liberabitur.» Véase más adelante, § 234.

(*c*) L. 1, § 4, de eo per quem factum (II, 10). L. 14, § 15, L. 15, quod metus (IV, 2). L. 1, § 10, L. 3, 4, de his qui effud. (IX, 3), L. 17, pr. de dolo (IV, 3). Véase § 232, y Ribbentrop, von Correal obligationen, párrafos 14, 15.

(*d*) Gayo, IV, § 112, § 1, J. de perpet. (IV, 12). L. 1, pr. de priv. del. (XLVII. 1), L. 5, § 4, si quís eum (II, 7), L. 3, § 1, de R. J. (L. 17), L. 22 de op. novi nunc. (XXXIX, 1), L. 5, § 5, 13, de effusis (IX, 3), L. 8, de popul. act. (XLVII, 23).

(*e*) L. 4, § 2, de incendio (XLVII, 9).—La L. 5. pr. de calumn. (III, 6) parece que no está enteramente de acuerdo con esta regla, puesto que semejante accion que, en principio, tiene por objeto una pena, puede ejercitarse contra los herederos; mas la actio *in simplum*, única de que en dicha ley se trata no tiene realmente carácter penal solo, una vez que queda excluída por el ejercicio de la condictio L. 5, § 1, eod.

(*f*) L. 38, de R. J. (L. 17), L. 5, pr. de calumn. (III, 6).—Esta regla se aplica igualmente á los crímenes. L. 20, de accus. (XLVIII, 2), L. 12, de L. Corn. de falsis (XLVIII, 10).—Por lo demás, éste no es más que un medio secundario de impedir que en ciertos casos no aumenten los bienes del culpable, por consecuencia de su delito. Una vez, conseguido este fin, por medio de cualquiera otra accion ejercitada contra los herederos, se vuelve al mismo principio de que las acciones penales no proceden contra los herederos. Así se explican la L. 3, § 27, vi bon. rapt. (XLVII, 8) y la L. 1, § 23, de tutelæ (XXVII, 3).

contra el delincuente mismo, y este muere despues de la *litis contestatio*, dicha accion reviste entónces el carácter de contrato y procede con todas sus consecuencias contra los herederos (*g*).

El principio sentado respecto á la cuantía de la indemnizacion de que responden los herederos en la *mixtæ actiones*, se aplica tambien á las acciones penales unilaterales. Se ejercitan contra el heredero en los límites del beneficio que les procura el acto de su causante (*h*). Aquí, como en el caso precedente, la *litis contestatio* hace ilimitada su obligacion (nota *g*).

Respecto á la importancia real y valor práctico de estas disposiciones especiales hay que reconocer que las acciones noxales no existen para nosotros, y que las reglas tocantes á los casos en que hay más de un indivíduo responsable sólo ofrecen un interés secundario. Merecen, por el contrario, un detenido exámen las que restringen la trasmision de la accion contra los herederos. Consideradas las

---

(*g*) § I, J. de perpet. (IV, 12), L. un., C. ex delictis (IV, 17), L. 26 de O. et. A. (XLIV, 7), L. 139, pr. de R. J. (L. 17).—En virtud de la L. 33 de O. et A. podría creerse que, aun sin *litis contestatio*, una vez intentada la acciou pasa á los herederos; pero este texto se aplica al caso en que el difunto ha retardado intencionalmente la *litis-contestatio*, como sucede en el caso de la L, 10, § 2 si quis caut. (II, 11). Véase Glück, t. VI, p. 196.

(*h*) L. 35, pr. de O. et A. (XLIV. 7), L. 44, de R. J. (L. 17). L. 1 de eo per quem factum (II, 10), L. 16, § 2, L. 19 quod metus (IV, 2), L. 17, § 1, L. 26, de dolo (IV, 3), L. 9, § 8, L. 10, de reb. acut. jud. (XLII, 5), L. 1, § 48, L. 2, L. 3, pr. de vi (XLIII, 16), L. un., C. ex delictis (IV, 17). Este principio admitido por la mayor parte de los autores ha sido combatido en parte en una obra moderna, Franke, Beiträge p. 28-41. Segun Franke las simples acciones para la reparacion de daños, á que yo llamo acciones penales unilaterales, no tienen restriccion al pasar á sus herederos sino cuando se trata de acciones pretorianas; pues cuando son civiles se ejercitan sin restriccion contra los herederos: pero sólo hay una accion de esta especie que es la *condictio furtiva*. Esta distincion que el autor no justifica por ninguna razon satisfactoria (p. 37) sucumbe ante la prueba de que la *condictio furtiva* no era una accion resultante de un delito (apéndice XIV, núm. XVII, XVIII), además de que queda destruida por la *actio L. Aquiliæ*. La manera artificial de estimar el daño la hizo considerar sin duda como accion penal bilateral. Mas si fuera fundado el principio que Franke asienta, el que ha sufrido el perjuicio podría ejercitar sin restricciones su accion contra los herederos, renunciando á la pena y contentándose con los daños é intereses calculados en la época del delito, posicion que es la misma que la que Franke atribuye al demandante en el caso de la *condictio furtiva*; y sin embargo, no puede reclamar contra los herederos sino la parte con que se encuentran enriquecidos. Véase § 212, *g*.

acciones penales bilaterales bajo un punto de vista más elevado, nos aparecen como esencialmente diversas de las acciones penales unilaterales. Si un criminal condenado á prision ó á muerte, perece ántes de haber sufrido la pena, no pensará nadie que deba ésta ser aplicada á su heredero, pues el derecho criminal sólo ataca al hombre natural, al indivíduo (§ 94), y no al poseedor de un conjunto de bienes, única cualidad en que sucede el heredero. El caso de una multa impuesta en provecho del fisco no ofrece ninguna diferencia esencial, porque, si bien grava sobre los bienes, no son éstos más que el instrumento de la pena, cuya naturaleza, como tal, no difiere de los otros modos de pena más arriba mencionados. Por último, la multa privada del derecho romano tampoco difiere esencialmente de la que se impone en provecho del fisco, pues el Estado es el que autoriza á la parte lesionada para reclamar y conservar la multa. En todos estos casos la esencia de la pena permanece siendo la misma; su objeto inmediato es un mal dirigido contra el culpable *(i)*, cualquiera que sea, por otra parte, la naturaleza de este mal. Así, cuando se extiende á otra persona distínta del culpable, á su heredero, por ejemplo, que ninguna participacion ha tenido en el delito, se contradice la verdadera naturaleza de la pena. Por tanto, la regla de derecho romano que declara las penas propiamente dichas no trasmisibles á los herederos (nota *d*), se encuentra plenamente justificada.

Otra cosa muy distinta acontece con la indemnizacion, porque constituye una obligacion idéntica por su naturaleza á las obligaciones fundadas sobre los contratos, de modo que desde su orígen es inseparable de los bienes y nada tiene de comun con la individualidad ó la sensibilidad del agente á quien se aplique la pena. Segun la naturaleza de esta relacion debería pasar sin restriccion alguna á los herederos, de igual modo que las obligaciones contractuales; y si se querían establecer diferencias entre estas dos especies de obligaciones, el pago de la indemnizacion debería ser exigido con mucho más rigor que la ejecucion de los

---

(i) Este fin inmediato se admite por todo el mundo, cualquiera que sea la divergencia de opiniones sobre el fin ulterior, reparacion del mal (§ 9, 6), intimidacion, prevencion ó reforma moral del culpable.

contratos. Así, el que los Romanos no impusieran á los herederos sino con grandes restricciones el pago de la indemnizacion, violando así el derecho de la parte lesionada (*k*), se debe, sin duda alguna, á que han confundido dos cosas esencialmente diversas, á saber: la indemnizacion y la pena. El hecho de semejante confusion se desprende claramente de las incertidumbres de la fraseología, más arriba señaladas, y su causa puede atribuirse á varias circunstancias, entre las cuales cabe colocar la semejanza aparente, pero engañosa, entre la indemnizacion y la pena, puesto que ámbas disminuyen los bienes del culpable; así como el hecho de que la indemnizacion y la pena aparecen tan mezclados en las acciones penales que es difícil distinguirlos (*l*). Por último, pudieron no apercibirse de la injusticia de esta doctrina, porque no se aplicaba al caso más frecuente y más grave que es el del robo. En este caso la indemnizacion no se reclamaba por medio de una accion fundada en un delito, sino por la *condictio*, la cual, por su naturaleza, se ejercita, sin restriccion alguna, contra los herederos.

Hé aquí, ahora, cual ha sido, con el trascurso del tiempo, el destino sufrido por la regla de derecho, tan poco equitati-

---

(*k*) La injusticia es evidente, por ejemplo, cuando se trata de un hombre rico que comete por espíritu de venganza el delito de incendio y muere ántes de la deduccion de la querella. En este caso no encontrándose su heredero enriquecido por tal hecho, no está sometido á la *actio L. Aquiliæ*, L. 23, § 8: ad L. Aquil. (IX, 2). Lo mismo acontece cuando alguno engaña á otro por pura malicia y le ocasiona un gran daño sin sacar de ello provecho alguno.

(*l*) Esta confusion resulta en diferentes grados en las acciones penales que aún hoy nos aparecen como *mixtæ*, como por ejemplo, en la *actio vi bonorum raptorum* donde la distincion es fácil, y en la *actio Aquiliæ* donde ofrece mayor dificultad. Probablemente la confusion dicha era mayor en el antiguo derecho. Así es que la *furti actio* era una accion mixta en la cual el doble ó cuádruple valor de la cosa no solamente servía para reparar la pérdida, sino tambien para garantizar el interés superior del propietario, y además para procurarle un beneficio, como lo indica la frase «pro fure *damnum* decidere.» Más tarde la *condictio furtiva* tuvo por objeto hacer restituir la cosa misma ó indemnizar completamente al propietario (no solamente devolverle el valor de la cosa) y desde entónces la *furti actio* se convirtió evidentemente en una accion puramente penal. Me basta indicar aquí este punto de vista, cuyo desenvolvimiento hallará su propio lugar más adelante. Si está conforme con la verdad, el motivo indicado en el texto sólo tiene aplicacion á los tiempos posteriores.

va, anteriormente anunciada. El derecho canónico la rechazó, concediendo la accion contra los herederos, sin distinguir si se aprovecharon ó no del delito (*m*), y sustituye á la restriccion del derecho romano otra mucho ménos importante. El heredero no pudo ser obligado á la indemnizacion mas allá de la cuantía de la sucesion, es decir, que no debía reclamarse contra sus propios bienes, aunque hubiese omitido la formalidad del inventario. Esta nueva restriccion no tiene en las leyes pontificias mismas un fundamento real (*n*), debiendo buscarse su verdadera base en la práctica constantemente seguida desde la Edad media. Se quiso modificar el derecho romano favoreciendo el legítimo interés de la parte lesionada; pero se quiso al mismo tiempo atenuar esta modificacion, por cuya causa la disposicion nueva aparece como un término medio sin valor real alguno (*o*); mejor hubiera sido declarar la indemnizacion exigible, sin restriccion alguna, como cualquiera otra deuda, lo cual, por otra parte, estaría más en armonía con las fuentes del derecho canóníco.

Algunos autores modernos alemanes han puesto en cuestion la autoridad de esta disposicion del derecho canónico; pero sus argumentos son fáciles de refutar. En primer lugar, dicen ellos, el Papa ordena que no se empleen más medios de coaccion que los espirituales, prevencion que en nada se parece á una regla de derecho. Sin embargo, estos medios de coaccion espiritual eran los únicos de que el Papa disponía directamente en todos los paises, de modo que su empleo en cualquiera de ellos significaba, evidentemente, el reconocimiento de un principio de derecho. En segundo

(*m*) C. 3, C. 16, q. 6, C. 14, X, de sepult. (III, 28), C. 5, X, de rapt. (V, 17), C. 9, X, de usuris (V. 19), C. 28, X, de sent. excomm. (V, 39).

(*n*) Se lee en el C. 5, X, de raptor. (V, 17): «heredes... *juxta facultates suas* condigne satisfaciant:» adicion ociosa que significa: en tanto que ellos puedan. En sentido contrario á la letra se ha entendido las *facultates* de la *successio*.

(*o*) Hé aquí la única manera de justificar esta nueva restriccion. Cuando un heredero acepta una sucesion sin hacer inventario y las deudas absorben todos sus bienes, debe imputar á su imprudencia el perjuicio sufrido, porque ha podido inquirir la posicion del difunto; pero los delitos están ordinariamente ocultos y el heredero es más excusable de no haber conocido las obligaciones que resultan de semejante causa, ó de no haberlas creido posibles. Por lo demás, la mayor parte de los autores se contentan con invocar la *æquitas* sin discutirla.

lugar, añaden, el motivo principal de intimidacion contra el heredero, consiste, segun los textos citados, en la salud del alma del difunto, por donde podría temerse que la admision de estos textos implicase un desconocimiento de la doctrina del purgatorio; contrario á la pureza de la doctrina evangélica. Mas á ello se contesta que el reconocimiento del principio de derecho enunciado es para nosotros el único punto importante, en nada influido por el aumento ó disminucion de un motivo dogmático. Así, pues, la disposicion del derecho canónico, modificada por la práctica, debe considerarse como resultado incontestable del derecho comun actual (*p*).

§ CCXII.—*Division de las Acciones—Acciones penales.* (Continuacion.)

Despues de haber expuesto la naturaleza y efectos de las dos especies de acciones penales, réstame mostrarlos en su aplicacion á los casos particulares, y principalmente determinar de qué manera las nociones ya conocidas se refieren á la division fundamental de las acciones (*in personam in rem.*)

Las acciones *in rem* no pueden aparecernos nunca como penales bilaterales (§ 210, *a*), pero si cabe que revistan algunas veces la naturaleza de las acciones penales unilaterales. Cuando con ocasion de una accion fundada sobre la propiedad, como el derecho de prenda, la enfitéusis, el derecho de superficie ó el derecho de sucesion, nuestro adversario no posee, pero ha abandonado fraudulentamente la posesion en perjuicio nuestro (*dolo desiit possidere*), ó bien nos ha engañado con una posesion aparente (*liti se obtulit*) debe soportar, como si fuera poseedor verdadero, la accion y todas sus consecuencias. La accion entónces reviste precisamente la naturaleza de una accion penal unilateral fundada en una *obligatio ex delicto* (*a*), y sólo se ejercita

(*p*) Esta cuestion se encuentra perfectamente tratada en Böhmer, jus eccl. Prot., Lib. 5, T. 17, § 132, 137, y en Franke, Beiträge, p. 44, 57. Müller ad Leysser, t. VI, p. 176 refiere el testimonio de muchos prácticos.

(*a*) La prueba de que la accion se convierte en personal es que en caso de insolvencia el demandante no goza de privilegio alguno sobre la cosa y sólo figura como acreedor. L. 21, § 2, de rebus auct. jud. (XLII, 5).

contra el heredero que se encuentra enriquecido por el fraude de su autor *(b)*.

Las acciones personales fundadas sobre los contratos, son casi todas puramente conservadoras, sin mezcla alguna de penalidad. En un solo caso, el del depósito necesario, la accion nos aparece como *mixta*, y por consecuencia como penal bilateral *(c)*. De más trascendencia todavía es el principio de que el fraude de una de las partes no da lugar al delito en las acciones fundadas sobre los contratos; ántes, por el contrario, permanecen siempre como puramente contractuales, y por tanto, áun mediando fraude, se ejercitan sin restriccion contra los herederos *(d)*.

—El demandado condenado á la *litis œstimatio*, por otro motivo cualquiera, una culpa, por ejemplo, adquiere los derechos de un comprador en cuanto á la reivindicacion de la cosa (L. 21, 46. 47, 63 de R. V. VI, 1); pero en el caso de que tratamos no adquiere ningun derecho (L. 63, 69, 70 id.) y el propietario puede siempre obrar contra el tercer detentador (L. 95, § 9, de solut.) (XLVI, 3), M. 13, § 14, de her. pet. (V, 3).

(b) L. 52 de R. V. (VI, 1).

(c) En este sentido la regla y la excepcion se encuentran contenidas en el § 17, de act. (IV, 6). El que se conceda al demandante en todos los casos el derecho al doble del valor, es una excepcion aislada. El § 26, J. de act. (IV, 6), restringe la pena al caso en que el depósito haya sido negado (como lo indican el *perfidiæ crimen* y el *fidem frangere* de la L. 1, § 4, depositi, XVI, 3), en cuyo caso la excepcion se equipara á otras reglas de que hablaré seguidamente (nota *f*).

(d) L. 49, de O. et A. (XLIV, 7), L. 1, § 7, depositi (XVI, 3), L. 157, § 2, de R. J. (L. 17), L. 8, § 1, de fidej. et nomin. (XXVII, 7). De igual modo no puede intentarse contra el esclavo, despues de la manumision, la *actio depositi ex dolo*, por más que puedan intentarse contra él todas las acciones que resultan de los delitos, L. 1, § 18 depos. (XVI, 3). Hé aquí un texto que origina una duda, § 1, J. de perpet. (IV, 12): «aliquando tamen etiam ex contractu actio contra heredem non competit, (veluti) cum testator dolose versatus sit, et ad heredem ejus nihil ex eo dolo pervenerit.» Si la leccion *veluti* fuese auténtica, este texto se hallaría en contradiccion con la regla consignada en los textos del Digesto más arriba citados; pero, si como debe hacerse, se abandona esta leccion, el texto dice simplemente que la regla sufre algunas excepciones, cuya enumeracion omite. Mas en tanto que no se justifican estas excepciones, la asercion no tiene para nosotros valor alguno. Sabemos, además, que este texto resulta de una desgraciada modificacion que se hizo de un pasaje de Gayo (IV, § 113). Había éste citado diversas acciones resultantes de los contratos que no se ejercitan contra los herederos; acciones que, no existiendo en tiempo de Justiniano, debieron ser omitidas; pero los compiladores no quisieron borrar por completo la observacion de Gayo, y la expusieron con el carácter de generalidad que se ha visto, esperando, sin duda, que el Digesto contuviese las excepciones de la regla. El caso del depósito, presentado como variante del texto por Teofilo, no resuelve la dificultad. Esta cuestion ha sido tratada con gran profundidad en Franke, Beiträge, págs. 16, 26.

El dominio propio de las acciones penales son las obligaciones que resultan de los delitos, por los cuales son todas engendradas, unas como bilaterales y otras como unilaterales. Un gran número de ellas se refiere á los delitos cometidos con ocasion de un proceso. Los actos punibles de esta especie, unas veces dan orígen á acciones independientes *(e)*, otras se limitan á adicionar una pena á las acciones ya existentes *(f)*.

Dos acciones particulares exigen en este punto una especial mencion, porque pueden dar lugar á algunos errores. La *actio Legis Aquiliæ* tiene por objeto directo la indemnizacion, pero contiene además una pena indeterminada y puramente eventual, en el sentido de que el demandante puede, dentro de ciertos límites, hacer retrotraer la aplicacion de la indemnizacion á época anterior que le sea más favorable. Ahora bien, esta pena eventual, rara vez aplicable, ha sido causa de gran incertidumbre en esta materia. Como *mixta actio*, no se ejercita contra los herederos sino en los límites del beneficio que éstos hubiesen reportado *(g)*. Cuando concurre con otras acciones, su naturalesza equívoca ha dado lugar á decisiones vagas y á controversias entre los antiguos jurisconsultos *(h)*. Mas, si hay varios demandados, es considerada como accion penal bilateral, de igual modo que la *furti actio*, por ejemplo, y cada uno de dichos deman-

---

(e) Así, por ejemplo, las acciones penales de que habla el segundo libro del Digesto.

(f) Tales son las acciones en donde *lis inficiando crescit in duplum* (V. nota c), las cuales no se califican como penales, porque no se puede preveer de antemano si habrá lugar á la adicion de la pena. Igual principio es aplicable á la actio *quod metus causa*, donde no se incurre en pena sino cuando el demandado rehusa satisfacer al demandante ántes del juicio.

(g) L. 23, § 8, ad L. Aquil. (IX 2). Con esta restriccion deben entenderse los textos cuyas expresiones generales parecen rehusar toda accion contra los herederos. L. 10, pr. comm. div. (X, 3). § 9, J. de L. Aquilia (IV, 3). Este último texto añade: «quæ transitura fuisset, si ultra damnum nunquam lis æstimaretur», lo cual está en contradiccion con las reglas de derecho reconocidas por todos los antiguos jurisconsultos. En esta amplificacion no debe verse más que una tentativa irreflexiva de los compiladores de exclarecer todos los aspectos del asunto. Franke, Beiträge, p. 30, 41, 44, encuentra en esta asercion hipotética un nuevo argumento en favor de su opinion, de que todas las acciones *civiles* por daños é intereses resultantes de un delito, se ejercitan, sin restriccion, contra los herederos. V. anteriormente § 211, *h*.

(h) V. § 233, 234.

dados debe pagar la suma total, sin que se libre de esta obligacion por el pago anterior de uno de sus cómplices *(i)*.

La accion en restitucion del doble del valor, introducida por la ley de las Doce Tablas contra el tutor que ha ocultado una cosa perteneciente á su pupilo, presenta, de igual manera, un carácter equívoco. Podríase, á primera vista, considerarla á causa del pago del doble como *mixta actio*, es decir, como accion penal bilateral. Sin embargo, cuando hay muchos tutores nos aparece como más restringida que la *actio Legis Aquiliæ*, porque el pago hecho por uno de los tutores, liberta á los demás (*k*). Con relacion á la *condictio furtiva*, el demandante no tiene más que la alternativa de la eleccion, pues la una excluye á la otra (*l*), y la misma alternativa existe respecto á la *tutelæ actio* (*m*). Todo lo cual se explica por cuanto el doble del valor se calcula aquí solamente para suplir un interés que puede ser muy superior al valor de la cosa (*n*). El pupilo expoliado es, por tanto, libre de reclamar este interés por medio de la *tutelæ actio* ó de la *condictio furtiva* ó de intentar la accion en pago del doble del valor. La *furti actio* (y en esto hay gran consecuencia), existe siempre para la persecucion de la pena (*o*); pero no se ejercita nunca contra los herederos, sin duda porque implica una adicion de pena (*p*).

Tambien debemos guardarnos de confundir las acciones penales con algunas instituciones análogas. Las penas convencionales tienen el mismo fin é idéntico resultado que las establecidas por las reglas generales del derecho, por lo

---

(*i*) V. § 234, *d*.

(*k*) L. 55, § 1, de administ. (XXVI, 7). Las palabras «et quamvis unus duplum præstiterit, nihilominus etiam alii teneantur?» deben ser comprendidas en la interrogacion que precede, puesto que la respuesta negativa está contenida evidentemente en toda la siguiente argumentacion.

(*l*) L. 55, § 1, cit. in fin., L. 2, § 1, de tutelæ (XXVII, 3).

(*m*) L. 1, § 21, de tutelæ (XXVII, 3): «In tutela *ex una obligatione duas esse actiones* constat,» etc.

(*n*) L. 1, § 20, L. 2, § 2, de tutelæ (XXVII, 3).

(*o*) L. 1, § 22, de tutelæ (XXVII, 3), «...nec enim eadem est obligatio furti ac tutelæ, ut quis dicat plures esse actiones ejusdem facti, *sed plures obligationes:* nam et tutelæ et furti obligatur.» L. 2, § 1, id.

(*p*) L. 1, § 23, de tutelæ (XXVII, 3): «quia pœnalis et.» V. § 211, *f*. En efecto, la *tutelæ actio* y la *condictio furtiva*, bastaban para ser indemnizado por los herederos.

cual se les da, sin inconveniente alguno, la denominacion de *pœna*; pero la forma de derecho á este efecto empleada es un contrato, la accion es una accion ordinaria, y no tiene ninguno de los caracteres especiales que distinguen á las acciones penales. Bajo esta relacion no se nota diferencia alguna entre la pena estipulada voluntariamente, y la que se acepta por mandamiento de la autoridad judicial. Así es que, en derecho romano, las *pœnales sponsiones* (*q*), tan numerosas y tan importantes, no engendraban acciones penales, sino acciones ordinarias que, consiguientemente, se ejercitaban sin restricciones contra los herederos.

No deben confundirse tampoco las acciones penales con las que tienden á una *vindicta*, acciones por las cuales el derecho de bienes se reclama únicamente en vista de un fin moral ulterior. Este carácter, enteramente particular, no se encuentra más que en un pequeño número de acciones penales; por otra parte, pertenece de igual modo á la *inofficiosi querela*, que ciertamente no puede ser designada como accion penal (*r*).

Terminaré con algunas palabras sobre la cuestion de saber si el derecho de las acciones penales existe todavía para nosotros sin modificacion alguna. Teniendo por objeto las acciones penales unilaterales la reparacion de un daño sufrido injustamente, deben naturalmente encontrarse en nuestro derecho actual, como en todo derecho positivo. Pero, ¿tienen entre nosotros igual carácter que entre los Romanos? Más arriba he tratado extensamente de este punto. En cuanto á las acciones penales bilaterales, puede plantearse la cuestion en estos términos: ¿reconoce todavía el derecho actual las penas privadas? Esta indagacion forma ya parte del derecho de las obligaciones; pero puedo anticipar, desde luego, que si existen todavía algunas penas privadas, el mayor número de ellas ha desaparecido.

§ CCXIII. *Division de las acciones.—Civiles, honorariæ.—Ordinariæ, extraordinariæ.*

Paso ahora á otras divisiones de las acciones, cuya na-

(*q*) Gayo, IV, § 13, 94, 141, 162, 168, 171, 172.—De igual modo, las præjudiciales sponsiones no daban lugar á præjudiciales *formulæ* aunque tuvieren el mismo fin (§ 207, *f*).

(*r*) Véase § 73.

turaleza es más predominantemente histórica que en las anteriores, porque se refieren, ora sea al orígen de estas mismas instituciones, ora á antiguas formas de procedimiento extrañas al derecho romano actual. El descubrimiento del manuscrito de Gayo ha facilitado, en gran manera, el estudio de esta materia. Podemos, principalmente, determinar con suficiente certidumbre el estado de cosas que existía en tiempo de los jurisconsultos clásicos. En cuanto al estado anterior y á sus trasformaciones sucesivas, la falta de datos positivos deja un vasto campo á las hipótesis; y creo prudente no atribuir nueva importancia á tales doctrinas.

Menciónase, ante todo, la antigua division de las acciones en *civiles* y *honorariæ* (*a*), en cuya última clase se comprenden las *pretoriæ*, que son las más numerosas é importantes, y algunas *ædiliciæ*. Hé aquí en que difieren unas de otras. Las *civiles* tienen una *legítima* ó *civilis causa*, es decir, una causa reconocida por el derecho civil, miéntras que las *honorariæ* han sido introducidas por el pretor ó por los ediles, en virtud de su derecho de jurisdiccion (*b*). El carácter de las últimas no consiste, por tanto, en que el pretor las fijase, puesto que en el edicto es preciso buscar las fórmulas para ámbas clases de acciones (*c*). Se llaman tambien *honorariæ* las acciones fundadas en el derecho civil, cuando el edicto, modificando este derecho, les ha atribuido otro objeto y otro fin distintos. Así, la *furti manifesti actio* es una accion pretoriana, porque el pretor ha sustituido una pena pecuniaria, á la pena enteramente diversa y

---

(*a*) L. 25, § 2, de O. et A, (XLIV, 7), L. 178, § 3, de V. S, (L. 16), ámbos de Ulpiano. Mæcianus dice: actiones sive *legitimæ*, sive honorariæ L. 32, pr. ad L. Falc. (XXXV, 2). Gayo, IV, § 10): «*ex lege* esse, non esse;» advertencia que sirve para no confundir esta distincion con la de puro procedimiento entre los *judicia* legitima y quœ imperio continentur. Pomponio (L. 2, § 6, de O. J., 1, 2), y Aulo Gelio, XX, 10, llaman *legitimæ actiones* á las antiguas *Legis actiones*.

(*b*) § 3, J. de act. (IV, 6). Esta division de las acciones descansa en la distincion del *jus* civile y honorarium. Véase § 22.

(*c*) Cuando algunas acciones, como la *actio depositi* y *commodati* (Gayo IV, 47), aparecen en el edicto con dos fórmulas, una *in jus* y otra *in factum*, sería un gran error creer que la primera fuese una accion civil, y la segunda una accion pretoriana. Ambas eran civiles, como nacidas de la misma única *civilis causa*, á la cual no daba el pretor ningun nuevo objeto. Pero el pretor había compuesto una y otra fórmula, pues, en general, el derecho civil no había suministrado más que las contenidas en las antiguas *Legis actiones* (§ 205, *b*).

mucho más severa del derecho civil; de modo que no teniendo aquella *civilis causa* la accion que tiende á hacerla decretar, es *honoraria* (*d*).

Esta division de las acciones se combina con la precedentemente expuesta, puesto que todas ellas, ya sean civiles ó pretorianas, habrán de calificarse además como *in personam ó in rem actiones*, como acciones penales ó conservadoras.

Con arreglo á la antigua organizacion judicial, todo el procedimiento descansaba en el *ordo judiciorum*, cuyo carácter esencial era el siguiente. El magistrado—en Roma los pretores—no se ocupaba más que del debate de la instancia y despues enviaba el negocio ante una ó varias personas privadas, con una instruccion (*formula*) que, con el exámen de los hechos y las pruebas suministradas, formaba la base de la decision. La designacion más general de estos delegados era la de *judex*; pero se les daban tambien otros nombres de que hablaré más adelante.

Para ciertas relaciones de derecho se creyó preferible abandonar esta manera de proceder, lo cual se verificó sucesivamente, y entónces el negocio se instruía completamente ante el magistrado, quien pronunciaba sentencia sin la intervencion del *judex*. A este nuevo procedimiento se le llamaba *extraordinaria cognitio* ó *actio*, *extraordinarium judicium*, *persecutio*. He manifestado ya (§ 205) que esta especie de acciones, en tanto parece comprendida, y en tanto no, bajo el nombre *actiones*.

En tiempo de los grandes jurisconsultos esta forma de procedimiento no podía ser considerada sino como una excepcion muy restringida. Hácia el tiempo de Diocleciano la organizacion judicial se cambió por completo; el *ordo judiciorum* desapareció, todos los procesos se instruyeron ante el magistrado, y todo el procedimiento quedó reducido á los *extraordinaria judicia* (*e*). Esta organizacion judicial es la

---

(*d*) Gayo, IV, § 111, pr. J. de perpet. (IV, 12).

(*e*) § 8, J. de interdictis (IV, 15), L. 47, § 1, de negotis gestis (III, 5) evidentemente interpolado. Carecemos de una constitucion especial relativa á tan importante cambio y quizás no haya existido nunca. Las prescripciones más antiguas referentes al asunto se encuentran en el Cod. Just., II, 58, Cod. Theod., II, 3, L. 8, C. Theod. de off. rectoris (I, 16). En el tít. Cod. Just., III, 3 se vé claramente que la antigua excepcion llegó á

que consagra el derecho justinianeo y la que existe en casi todos los Estados modernos, pues el jurado, allí donde está admitido, no conoce ordinariamente más que de los negocios criminales.

¿Pero, qué relacion existía entre la division de las acciones más arriba expuestas y los *extraordinaria judicia*, en la época en que formaban éstos una clase particular de acciones?

Todos los *extraordinaria judicia* que conocemos eran *in personam*, ninguno *in rem* (*f*). No comprendían tampoco acciones penales *extra ordinem*, porque si bien todos los magistrados superiores, no solamente los que estaban encargados de administrar justicia, podían imponer *mulctæ*, éstas no se fundaban en acciones privadas, como extrañas que eran á la persecucion de un derecho privado, por más que pudieran ser impuestas con ocasion de un proceso (*g*). Por último, las *extraordinariæ cognitiones* parecen referirse exclusivamente á las instituciones del derecho civil y no á las instituciones pretorianas (*h*). Cuando el pretor creía necesario sentar un nuevo principio de derecho, lo hacía siempre con arreglo á las formas del *ordo judiciorum*, es decir, por medio de una *formula*. Relaciónase este principio con la cuestion muy controvertida de saber, si los interdictos, que tan numerosos son y todos de orígen pretoriano, pertenecen á los *ordinaria* ó á los *extraordinaria*

---

ser la regla general. Véase Savigny, Historia del derecho romano en la Edad Media, t. I, § 26.

(*f*) Todas las acciones enumeradas en la ley 1, de extr. cogn. (L. 13), son *in personam*, como tambien la accion ejercitada contra el heredero ó el legatario gravado con un fideicomiso. Gayo. II, § 278. Ulpiano, XXV, § 12: Aquel á quien había sido, como fideicomiso, restituida una sucesion por una declaracion verbal del heredero, podía obrar *in rem* contra los detentadores de los bienes de la sucesion; pero esta accion era un *ordinarium judicium* como cualquiera otra *petitio hereditatis*. Til. Dig., de fid. her. pet. (V. 6). Si bien la missio *in possessionem* era *in rem*, su concesion no implicaba la decision de un proceso, sino una medida provisional tomada por una de las partes, y el litigio que de aquí pudiera resultar era siempre un *ordinarium judicium*.

(*g*) De igual modo, los juicios civiles «extra ordinem» se ejecutaban por medio de una *pignus in causa judicati captum*, lo cual no era la decision de un proceso, sino una medida empleada para vencer la resistencia de la autoridad judicial, medida que, en realidad, equivalia á una *mulcta*.

(*h*) Véase nota *f*.

judicia; en otro lugar he demostrado que debe colocárseles entre los *ordinaria* (*i*).

Considerando ahora esta última division bajo un punto de vista más general, el de la historia del derecho romano, el *ordinarium judicium* nos aparece como el centro histórico de la materia. En los tiempos más antiguos, todo el procedimiento descansaba en las *Legis actiones*, las cuales no admitían, que sepamos, instruccion alguna (*formula*) dada á un *judex*. Vino en seguida el procedimiento de los *ordinaria judicia*, basado enteramente en las *formulæ*. Por último, esta forma de procedimiento fué reemplazada por el *extraordinarium judicium*, en que, actuando el magistrado por sí solo y sin *judex*, resultaba la fórmula inútil y aún imposible. Sin embargo, no debe creerse que estas tres formas de procedimiento hayan tenido, en el órden del tiempo, un lugar enteramente distinto. La *Legis actio sacramenti* para los negocios instruidos ante los centumviros subsistió, como excepcion al lado del *ordo judiciorum*, y en la misma época en que los *extraordinaria judicia* comenzaron á introducirse; de manera que se aplicaban concurrentemente las tres grandes formas de procedimiento. Ultimamente, despues que los *ordinaria judicia* hubieron dejado de existir como regla, el *judex* fué empleado, por excepcion, en los negocios de poca importancia, mas para esta instruccion excepcional se prescindió, sin duda, de recurrir á las *formulæ*.

§ CCXIV. *Division de las acciones.—Partes constitutivas de la fórmula.*

Las cuestiones más importantes y difíciles, tocantes al derecho de las acciones entre los Romanos, sólo encuentran solucion mediante el detenido estudio de la esencia de las *formulæ*, estudio que no ha sido posible hasta despues del descubrimiento de Gayo. Por él sabemos que las fórmulas se componían de cuatro partes, sin embargo de que una

---

(*i*) Esta cuestion ha sido tratada extensamente por Savigny, Derecho de posesion, § 34. La denominacion de *actio* se aplica unas veces y otras se rehusa á los interdictos. Véase § 205, *g. h.*

sola era general é indispensable: *Demonstratio, Intentio, Adjudicatio, Condemnatio* (*a*).

Desde luego podemos excluir de nuestra indagacion la *adjudicatio*, porque no se encontraba más que en tres acciones particulares (*b*), así es que no puede contribuir á darnos á conocer la esencia de las fórmulas.

La *demonstratio* es la parte que sirve de introduccion á la *formula*, y donde se expone el hecho que dá ocasion al debate judicial. Estaba destinada, principalmente para las acciones más conocidas é importantes, á expresar el nombre propio de la accion, el cual podía muy bien no encontrarse en las otras partes de la fórmula, cuyo contenido era susceptible de aplicarse á las acciones más diversas. Los siguientes ejemplos de las acciones *venditi*, *depositi*, *ex stipulatu*, comprueban lo dicho (*c*).

Quod A. Agerius N. Negidio hominem *vendidit*.

Quod A. Agerius apud N. Negidium hominem *deposuit*.

Quod A. Agerius de Negidio incertum *stipulatus est*.

Esta primera parte de la fórmula no se encontraba ordinariamente en un gran número de acciones, entre las que deben contarse las *in rem* (*d*) y las fórmulas por demás numerosas, *in factum conceptæ*, pues entónces, como veremos muy pronto, la *intentio* contenía todo lo que la *demonstratio* hubiera podido contener. En particulares circunstancias de ciertas relaciones de derecho, solíase, por prevision, ponerle á la accion una restriccion especial, que se colocaba, como la *demonstratio*, ántes de la *intentio*. Esta restriccion llevaba el nombre de *prescriptio* y se aplicaba igualmente á las *in rem actiones*, por mas que estas careciesen, con frecuencia, de *demonstratio*. La *prescriptio* no se consideraba ordinariamente como *demonstratio*, sino como un preliminar especial añadido á la fórmula, pero al-

(*a*) Gayo, IV, § 39-44. No se considera como *pars formulæ* el nombramiento del *judex*, colocado siempre al principio de la fórmula; por ejemplo: L. Octavius judex esto. Ciceron, Verr., II, 12,

(*b*) Familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum Gayo, IV, § 42. Se las designa con el nombre de las tres acciones de particion si bien, propiamente hablando, esta denominacion sólo se aplica á las dos primeras.

(*c*) Gayo, IV, § 40, 136.

(*d*) Ciceron in Verrem, II, 12 cuyo testimonio ha sido confirmado por Gayo, IV, § 41.

gunas veces tambien se incorporaba en la *demonstratio* misma (*e*).

Se llama *intentio* la parte de la fórmula que contiene la alegacion del demante, como tambien el motivo y la condicion de la decision que solicita. Esta parte era la única que debia necesariamente encontrarse en todas las fórmulas (*f*). Como contenía lo esencial de la accion, se usaban frecuentemente las expresiones *intentio* é *intendere* como sinónimas de *actio* y *agere*; y encontramos vestigios de esta fraseología en varios textos del derecho justinianeo, por más que á nada respondiese despues de la abolicion de las fórmulas. La *intentio*, unas veces expresaba directamente la existencia de una relacion de derecho, otras veces contenía hechos presentados como fundamento de un derecho (*g*). Para explicar satisfactoriamente la naturaleza de esta distincion, y comprobarla con ejemplos, es preciso relacionarla con otra division de acciones de que seguidamente he de ocuparme.

Por último, la *condemnatio* contenía la parte práctica de la fórmula, es decir, la instruccion, segun la cual el *judex*, en la hipótesis de la verdad ó de la falsedad de la *intentio*, debía pronunciar sentencia. La *condemnatio* existía en la mayor parte de las acciones, pero no en las prejudiciales, que tenían por objeto fijar una relacion de derecho ó un hecho, reservándose el demandante hacer uso de la declaracion así obtenida, en un proceso ulterior (§ 207, *e*, *f*).
Hé aquí algunos ejemplos de *condemnatio*:

Judex N. Negidium A. Agerio Sestertium X millia condemna, si non paret absolve.

Quanti ea res erit, tantam pecuniam judex N. Negidium A. Agerio condemnato, si non paret absolvito.

Las últimas palabras se refieren al principio de la *intentio*, la que en los ejemplos citados, estaba así concebida: Si paret; de modo que el pensamiento completo es el siguiente: si paret Negidium Sestertium X millia dare oportere, Negidium Sest. X. M. condemna, si non paret absolve, es de-

---

(*e*) Respecto á las prescripciones en general, véase Gayo, IV, § 130-137. La diferencia de que habla el texto ha sido señalada § 132, 136, 137.
(*f*) Gayo, IV, § 44.
(*g*) Gayo, IV, § 43, 47, 51.

cir, si no reconoces que deba esta suma, absuélvelo de la demanda.

§ CCXV. *Division de las acciones.—Directæ, utiles.—Certa, incerta formula.*

La division de las acciones en *directæ* y *utiles* se funda principalmente en la *intentio*, parte esencial de la fórmula.

Para extender á nuevos casos un derecho de accion, estricto segun el derecho positivo, se empleaba frecuentementemente una accion ya conocida bajo el nombre de *utilis actio* (*a*), y por oposicion á la cual llamábase *actio directa* ó *vulgaris* (*b*) á la accion antigua, limitado al caso de su aplicacion primitiva. Esta extension se verificaba principalmente bajo la forma de *ficciones*, en virtud de las cuales un demandante que no era en realidad ni heredero, ni propietario, se suponía serlo, y bajo este concepto podía ejercitar las mismas acciones que un heredero ó un propietario verdadero (*c*). Así, *utilis actio*, segun la significacion originaria, equivalía á *fictitia*; sinónimia entre ambas expresiones que está hoy fuera de toda duda por los testimonios siguientes: Gayo designa como contraste con las acciones *directæ* las que se fundan en una ficcion (*d*), y en otro texto llama á estas directamente, *utiles* (*e*). Las acciones que na-

---

(*a*) L. 21 de præscr. verbis (XIX, 5): «Quotiens deficit actio vel exceptio, utilis actio vel exceptio (danda) est.» Si existe un motivo suficiente para justificar esta extension. Véase sobre esta materia en general, Mühlenbruch Lehre von der Cession, § 15.

(*b*) Encuéntrase la expresion *vulgaris* en la L. 46, de her. inst. (XXVIII, 5). Con frecuencia se ha creido, equivocadamente, que cada una de estas acciones tenía en el edicto una forma particular. La parte esencial de la fórmula, la *intentio*, era absolutamente la misma para un gran número de acciones: *dare oportere*, *dare, facere oportere ex fide bona*, etc. El carácter especial de las *vulgares actiones* era mas bien la insercion en la *demonstratio* del nombre técnico de un acto jurídico, como, por ejemplo: Quod Agerius fundum *vendidit*, mensam *depossuit*, etcétera, de donde se denominaba la accion *venditi* ó *depositi actio*.

(*c*) Gayo, IV, § 34, 38: «ficto se herede agit..-» «fingitur rem usucepisse...» «civitas ei Romana fingitur...» «fingimus adversarium nostrum minutum non esse.» Los §§ 36, 37 nos muestran, por varios ejemplos, de capite de qué manera se expresaba la ficcion en la *intentio*.

(*d*) Gayo, IV, § 34: non habet directas actiones... *itaque fictio se herede* intendit.»

(*e*) Gayo, IV, § 38: «introducta est contra eum eamve *actio utilis*,

cen de una sucesion, como *directæ*, pertenecen exclusivamente al *heres*; pero en virtud de una ficcion, el *bonorum possessor*, de igual manera que el fideicomisario, podía ejercitarlas; ahora bien, á las acciones así extendidas, Gayo las llama *utiles*, y Ulpiano *fictitiæ* (*f*). Entre estos dos términos, el uno (*fictitia*) expresa la forma de procedimiento que se empleaba, y el otro (*utilis*) dá á conocer con mas propiedad la esencia misma del asunto, es decir, la extension de una institucion para satisfacer necesídades de la práctica (*utilitas*) (*g*).

La diferencia entre ambas clases de acciones, descansa, no en sus efectos, que eran idénticos, sino en la redaccion de la fórmula, ó mas bien, en la parte de la fórmula llamada *intentio*. Por tanto esta division de acciones, sólo podía existir en los procesos instruidos ante un *judex* (§ 213); pero cuando no existieron mas que *extraordinaria judicia* perdió su significacion originaria, y tambien todo interés inmediato (*h*). Este cambio radical en el procedímiento, relacionado con la etimología de los términos, nos explica porqué el derecho justinianeo no emplea nunca la expresion de *fictitia actio*, y ha conservado la denominacion de *utiles actiones*. En el derecho justinianeo esta designacion, que para nosotros sólo tiene un interes histórico, recuerda que la accion así denominada se deriva por una extension progresiva, de institucion mas restringida otras veces.

Sin embargo, parece cierto que, áun en el antiguo procedimiento, esta extension de una accion ya conocida á casos nuevos, no se expresó siempre como ficcion en la fórmula (*i*). Al lado de las *utiles actiones* expresadas de la manera dicha en la fórmula, existían otras respecto á las cuales, este nombre indicaba únicamente una institucion extendida directamente á nuevos casos. Parece además que

---

rescissa capitis deminutione, *id est in qua fingitur* capita deminutus deminutave non esse.

(*f*) Gayo, II, § 253 (como en el § 4 de fid. her. II, 23), Ulpiano, XXVIII, § 12. Ciertamente que el primero no habla de las *utiles actiones* sino con motivo de los fideicomisos, y el segundo de las *fictitiæ* con motivo de la *bonorum possessio*, y podría ponerse en duda la paridad que admito entre las dos clases de acciones.

(*g*) Sobre el sentido de *utilitas*, Véase t. I, § 15.

(*h*) L. 47, § 1, de neg. gestis (III, 5), evidentemente interpelada.

(*i*) Mühlenbruch, Cession, § 157, 3.ª ed.

la extension no se expresaba por medio de ficcion en la fórmula, sino respecto de las antiguas acciones civiles (*k*); y que en cuanto á las pretorianas, la naturaleza de la *utilis actio* no se indicaba, en manera alguna, por la redaccion de la fórmula (*l*).

Por lo demás, entre las *utilis actiones* encontramos algunas *in personam* é *in rem*, acciones penales y acciones cuyo objeto es mantener el estado de bienes para ambas partes.

Existiendo todavía las acciones ficticias en el derecho nuevo, bajo el nombre de *utiles actiones*, difieren de las que tenían por base la ficcion de una antigua *legis actio*, de las cuales el derecho nuevo no ha conservado el menor vestigio (*m*).

Encontramos en Gayo la expresion *incerta formula*, la cual debe corresponder á la de *formula certa* (*n*); y para la indagacion que va á ocuparme, importa determinar exactamente la base sobre que descansa este contraste.

Si consideramos la *intentio*, debemos llamarla *certa*, cuando el hecho alegado por el demandante está determinado bajo todos sus aspectos; cuando se dice, por ejemplo: Si paret Stichum meum esse; si paret N. Negidium X dare oportere; si paret Agerium apud Negidium mensam depossuisse (*o*). En efecto, en todos estos casos, los términos

---

(*k*) Los diferentes ejemplos de acciones ficticias, expuestos literalmente por Gayo, se refieren todos á las antiguas acciones civiles que estas ficciones tenían por objeto extender.

(*l*) En esta clase es preciso colocar la *utilis serviana actio*, L. 1, § 2, de pign. (XX, 1); L. 1 pr. quib. m. pign. (XX, 6), como tambien el utile interdictum uti possidetis, unde vi, quod legatorum. Vat. Fragm., § 90. La *formula* de este último interdicto, trascrita en el texto citado, confirma directamente lo que he indicado, pues la ficcion no se menciona en ella; y para conseguir el objeto propuesto, á la expresion ordinaria *quod... possides*, se añade: *quodque uteris frueris*. De igual manera tambien, las *exceptiones* utiles no son *fictitiæ*, sino excepciones más comprensivas y extensas. Véase § 227 *d*.

(*m*) Gayo, IV, § 10, 32, 33. A propósito de esta especie de accion, Gayo hace una exposicion completa de las antiguas Legis actiones, § 11-33.

(*n*) Gayo, IV, § 54. En las compilaciones de Justiniano, las expresiones *incerti agere*, *incerti actio*, *incerta actio*, *incertum judicium*, se refieren casi siempre á la *actio præscriptis verbis* que tenía una *incerta intentio* y *condemnatio*. L. 8, L. 9, L. 16 de præscr. verbis (XIX, 5), L. 7, § 2, de pactis (II, 14), L. 2?, comm. div. (X, 3), L. 6, C. de rer. perm. (IV, 64), L. 9, C. de don. (VIII, 54).

(*o*) Gayo, IV, § 45, 47.

de la *intentio* expresan claramente y con certidumbre lo que quiere y pretende el demante. Por el contrario, la *intentio* así concebida: Quidquid N. Negidium dare facere oportet, es *incerta*, pues si bien afirma claramente que el demandado debe alguna cosa, no determina la extension de la deuda y deja este cuidado á la instruccion del proceso (*p*).

Pasemos ahora á la *condemnatio*. Toda *incerta intentio* implica una *condemnatio incerta*, y así somos llevados á llamar *certa* á toda la accion. Pero la *certa intentio* admite dos casos posibles. Puede ir con una *condemnatio* igualmente *certa*, y entónces evidentemente debemos llamar *certa* á la accion, como por ejemplo, en esta fórmula: Si paret N. Negidium decem dare debere, judex N. Negidium decem condemna (*q*). Puede tambien la *certa intentio* referirse á una *incerta condemnatio*, caso que se presentaba á menudo, porque la *condemnatio* no debía nunca expresar más que dinero contante (*r*), miéntras que la *intentio* podía designar cualquiera otro objeto determinado. Sirva de ejemplo la fórmula relativa á la accion resultante de la propiedad, donde despues de la *intentio*: Si paret Stichum A. Agerii esse, venía la *condemnatio* siguiente: quanti ea res erit, tantam pecuniam N. Negidium A. Agerio condemna (*s*), que era *incerta* porque no señala la suma en que el *judex* debía condenar al demandado.

Ante todo, importa estudiar estos diferentes casos en su aplicacion real, porque á su distincion se ligaba, en el antiguo procedimiento, un gran interés práctico. Si la *intentio* era *certa*, debía cuidar mucho el demandante de no pedir más de lo que importase su derecho, porque perdía, *plus petendo*, lo que se le debía legítimamente (*t*). La *incerta intentio* no ocasionaba nunca semejante peligro, porque el *quidquid* dare oportet no podía expresar, vista su indeterminacion, una cantidad exagerada (*u*). La *demonstratio* y la *condemnatio* eran tambien susceptibles de exajeracion, pero no

---

(*p*) Gayo, IV, § 47, 136, 137.

(*q*) Gayo, IV, § 50. Aquí se presenta todavía otra variedad: la *certa condemnatio* podía ser la repeticion literal de la *certa intentio*, como en el caso del § 50, ó diferir enteramente como en el caso del § 46.

(*r*) Gayo, IV, § 48.

(*t*) Gayo, IV, § 53, 60.

(*u*) Gayo, IV, § 54.

tenía para el demandante perjudiciales consecuencias (*v*).

Hasta aquí sólo hemos examinado el fondo del asunto. En cuanto á la expresion empleada para designar uno de los casos enumerados más arriba (certa intentio, incerta condemnatio), puede tomarse preferentemente la *intentio* ó la *condemnatio* como fundamento para calificar una accion de *certa* ó *incerta*. Con arreglo á un texto de Gayo, tenemos que admitir que se atendria únicamente á la *intentio*, y así, en el caso propuesto, se aplicaba la expresion *certa actio* ó *formula*, á pesar de la indeterminacion de la *condemnatio*. En efecto, Gayo sienta desde luego el principio de que la accion que tiende á la reclamacion del esclavo Sticho, es susceptible de un *plus petere*, si la estipulacion tenía por objeto un esclavo en general y no el indivíduo Sticho (*w*). Despues añade: Illud satis apparet in *incertis formulis* plus peti non posse, quia cum certa quantitas non petatur, sed quidquid adversarium dare facere oporteat intendatur, nemo potest plus intendere (*x*). Donde se vé que bajo el nombre de *incerta formula* designa únicamente el último caso (incerta intentio y condemnatio), y que considera el caso precedente (certa intentio, incerta condemnatio), no como *incerta*, sino como *certa formula*.

§ CCXVI. *Division de las acciones.—In jus, in factum conceptæ.*

Las fórmulas fijadas en el edicto, eran de dos clases: *in jus, in factum conceptæ*.

La primera clase tenía una *juris civilis intentio*, es decir, la alegácion de una relacion de derecho fundada en el *jus civile;* así, para las acciones *in rem*: Si paret, fundum (ó hereditatem) Agerii esse, ó Agerio jus esse utendi, fruendi, eundi, aquam ducendi, ó bien, Titium liberum esse (*a*); para las

---

(*v*) Gayo, § 57, 58.
(*w*) Gayo, IV, § 53.
(*x*) Gayo, IV, § 54. En Gayo tambien el certum y el incertum *petere* se refieren únicamente á la *intentio* sin consideracion alguna á la *condemnatio* IV, § 54, 131. Cuestion distinta es la de saber lo que significa el *certum* aplicado á las condiciones. Véase más adelante apéndice XIV núm. XXXVI y siguientes.
(*a*) En efecto, esta accion prejudicial de *statu*, era la única que tuvo

acciones que resultan de un contrato: dare, ó dare facere oportere; para las acciones que resultan de un delito: damnum decidere oportere (*a* 1); por consiguiente en todos estos casos se trata de la existencia de la propiedad, de una obligacion ó de cualquier otro derecho riguroso reconocido por el *jus civile*. Por lo demás, semejante *intentio* era unas veces *certa* y otras *incerta*, de igual manera que la *condemnatio* que á ella se refiere (*b*).

La segunda clase tenía por *intentio* una simple afirmacion de hechos que, por tanto, aparecía bajo la forma de una *demonstratio* (§ 214), de modo que, frecuentemente resultaba inútil una *demonstratio* especial y distinta, pues nada podía contener que no estuviese ya en la *intentio* (*c*). En semejante caso, la *intentio* era siempre *certa*, porque no debía expresar más que hechos positivos, sin dejar nada sobre este punto á la libre apreciacion del juez; la *condemnatio* era unas veces *certa*, otras veces *incerta* (*d*).

Esta division de las acciones corresponde á la de civiles

---

una *legitima causa*; todas las demás eran acciones pretorianas. La accion prejudicial *de statu*, era, pues, la única que podía tener una fórmula in jus concepta, § 13, J. de act. (IV, 6).

(*a* 1) Gayo, IV, § 37, 45, 107, donde se encuentran la mayor parte de las fórmulas que he citado textualmente. Véase apéndice XIV, número XX.

(*b*) Decem dare oportere era una incerta intentio; quidquid dare facere oportet era una incerta intentio. Véase anteriormente, § 215.

(*c*) Gran error sería concluir de aquí que semejante fórmula no tuviese más que una simple *demonstratio* sin *intentio*, pues Gayo, IV, § 60, no solamente hace mencion de esta última, sino que además admite la posibilidad del *plus petere* que, segun los párrafos 53, 58, podía existir en la intentio, y nunca en la *demonstratio*. De igual manera tambien la L. 1, C. si pign. conv. (VIII, 33), llama intentio dati pignoris á la accion hipotecaria que no tenía constantemente más que una *formula in factum concepta*. Véase Keller, Litis-contestacion (litis-contestatio), p. 248, 358. Los ejemplos que se aducen de un *demonstratio* distinta, se refieren siempre á nna *formula in jus concepta*. Gayo, IV, § 40, 47, 136, 137.

(*d*) La accion del patrono respecto de una *in jus vocatio* irrespetuosa tenía una certa *condemnatio* de 10.000 sextercios segun Gayo, IV, § 46; de 5.000 segun el derecho justiniáneo, § 3, J. de pæna tem. (IV, 16), L. 12, 24, 25, de in jus voc. (II, 4). La cifra de 10.000 en Gayo es probablemente un error de copia.—De igual manera, la accion de *albo corrupto* tenía una *certa condemnatio* de 500 aurei. L. 7, pr. de jurisd. (II, 1). La mayor parte de las otras *formulæ in factum conceptæ* tenían una *incerta condemnatio*. Véase los ejemplos citados por Gayo, IV, § 46, comparados con la L. 2, § 1, si quis in jus voc. (II, 5), y de la L. 5, § 1, ne quis eum (II, 7).

y pretorianas. En efecto, respecto de las acciones civiles era siempre *posible* (*e*) una *juris civilis intentio*, de modo que la *intentio* podía ser siempre concebida *in jus*. En las acciones pretorianas era esto imposible, porque no descansaban sobre un derecho ya existente, sino sobre la autoridad judicial, en virtud de la cual el pretor nombraba un *judex*, y lo autorizaba para pronunciar una decision, cuya ejecucion estaba asegurada por la misma autoridad judicial (*f*). Así lo atestiguan los textos más importantes del derecho romano, entre ellos uno de Paulo, que nos dice (*g*):

Verbum *oportere* non ad facultatem judicis pertinet, qui potest vel pluris vel minoris condemnare, sed ad veritatem refertur.

De donde se desprende que la palabra *oportere*, contenida en la *intentio*, debe entenderse siempre de la existencia actual y real de una deuda fundada en el derecho civil, y no de una deuda que resultar pudiera de una decision judicial. Así, pues, cuando por consecuencia de una renta, cuya *intentio* era siempre *incerta*, reclamase alguno una suma determinada (decem dare oportere), debía ser rechazada su demanda, por mas que el juez hubiera podido condenar á esta suma ó áun á una mayor, si la *intentio* se hubiera formulado de una manera regular. Esto nos explica, igualmente, porque las acciones pretorianas se definen actiones quas Prætor *ex sua jurisdictione comparatas* habet (*h*), ó quæ a Pretoræ *dantur*, por oposicion á las acciones quæ ipso jure *competunt* (*i*). En efecto, si bien las acciones civiles exigían tambien la intervencion del pretor, porque él solamente podía nombrar un *judex* y conceder una accion, semejante hecho no era más que un acto de ejecucion, el reconoci-

---

(*e*) *Posible* y no necesario, pues el demandante podía siempre, si lo juzgaba oportuno, emplear la redaccion *in factum*. Citaré pronto algunos ejemplos de ello.

(*f*) Véase t. I, § 22. Gayo no dice expresamente que todas las acciones pretorianas fuesen *in factum conceptæ*; pero en los ejemplos que cita, § 46, todas las acciones pretorianas son *in factum conceptæ*.

(*g*) L. 37, de V. S. (L. 16). La ley 27 de novat. (XLVI, 2) se relaciona con esta regla, porque el officium judicis se hubiese tambien extendido á los intereses futuros. Véase L. 76, § 1, L. 89, L. 125, de V. O. (XLV, 1).

(*h*) § 5, 3, de act. (IV, 6).

(*i*) § 1 J. de perpet. (IV, 12). Este punto se trata perfectamente por Franke, Beiträge, p. 5.

miento de un derecho ya existente, miéntras que respecto de las acciones pretorianas todo emanaba de la autoridad del pretor. La *formula in factum concepta*, que yo presento como el atributo general de las acciones pretorianas, no debe tampoco ser restringida á las acciones *in personam* de su clase; se aplica tambien á las *in rem actiones* pretorianas (*i* 1).

Sin embargo, la identidad de estas dos divisiones (acciones civiles y pretorianas, *in jus* é *in factum*) no es absoluta, experimentando una doble restriccion. Existían acciones pretorianas cuya redaccion era ciertamente *in factum*, pero que se aproximaban mucho á la redaccion *in jus*; tales eran, en gran parte, las acciones *utiles* ó *fictitiæ* de que he hablado anteriormente (§ 215), como la evidencia, la fórmula más completa que tenemos de semejante clase de acciones: la *Publiciana actio.* Gayo, IV, § 36: Judex esto. Si quem hominem et. Agerius emit (et is) ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem, de quo agitur, ejus ex jure Quiritium esse oportet, et reliqua.

El fondo de esta *intentio* es la asercion de hecho de que Agerio ha comprado el esclavo, objeto del litigio, y que el esclavo le ha sido entregado. Pero se añade: el juez deberá además examinar si la posesion resultante de la tradicion se ha continuado durante un año y ha podido así trasformarse en propiedad romana; donde se vé que la *intentio* de hecho toma cierto carácter de *jus*, y se aproxima á la *in jus concepta* La condena se encuentra subordinada á un hecho susceptible de constituir un derecho verdadero, mediante circunstancias que se trata de comprobar.

Por otra parte, he observado ya (nota *e*), que las acciones civiles podían ser redactadas *in factum*, existiendo algunas, probablemente poco numerosas, respecto á las cuales el edicto daba á escoger entre dos fórmulas, una *in jus*

(*i* 1) La actio vectigalis se redactaba de este modo: Si paret A. A. conduxisse fundum á municipibus (L. 1, § 1, L. 3, si ager vect., VI, 3); la actio superficiaria: Si paret A. A. superficiem in perpetuum (ó, in annos XXX) conduxisse (L. 1, pr. § 1, 3, de superf. XLIII, 18); la actio hypothecaria: si paret, A. A. rem pignori obligatam esse ab eo, cujus tum in bonis erat, neque redditam pecuniam esse (L. 6, C. si al. res., VIII, 16, L. I, C, si pign. conv. VIII, 34, L. 13, § 1. de Sc. Vell., XVI, 1). Todas estas condiciones no son más que simples puntos de hecho.

y otra *in factum*. Gayo no cita más que dos de ellas, la *depositi* y la *commodati actio*, de las cuales da sus fórmulas completas (*k*).

Preséntase ahora la cuestion de saber si la distincion de las fórmulas *in jus* é *in factum* era entre los Romanos puramente de palabras ó si tenía especiales efectos con los cuáles se ligase un interés práctico. Este interés existía realmente; pero era menor de lo que pretenden la mayor parte de los autores modernos, y en esta materia tenemos que combatir principalmente hipótesis mal fundadas. Si todas las acciones civiles hubiesen sido *in jus* y las acciones pretorianas hubiesen sido solamente *in factum* podría no verse aquí más que la expresion enérgica de la distincion fundamental entre el derecho civil y el derecho pretoriano; pero la existencia de dos fórmulas para muchas acciones no nos permite dudar de que, en ciertos casos al ménos, el demandante no obtenía beneficio por emplear la una con preferencia á la otra.

En comprobacion de lo dicho, hé aquí una consecuencia especial de la fórmula *in jus*. Cuando la accion era *in personam*, como constituía un *legitimum judicium*, redactada *in jus*, resultaba consumada *ipso jure* por el solo hecho de su presentacion, y por consiguiente, no podía reproducirse una segunda vez; en los demás casos, la reproduccion de la accion se prohibía tambien; pero por medio de la *exceptio rei judicatæ* ó *in judicium deductæ* y no *ipso jure* (*l*). Ahora bien, esta distincion no tenía en la práctica más que un interés secundario.

Existía una diferencia más importante. El hijo sometido al poder paterno que tenía una accion que ejercitar no podía emplear una *intentio in jus* concepta, porque nunca podía pretender ser propietario ó acreedor. Tal es precisamente el motivo que, en muchos casos, parece haber dado lugar á la creacion de dos fórmulas. Para la *depositi* ó *commodati*

(*k*) Gayo, IV, § 47, 60. Encuéntranse en el Digesto varios textos que se refieren evidentemente á estas fórmulas *in factum conceptæ* L. 3, § 1, *commodati* (XII, 6), L. I, § 16, § 40, depositi (XVI, 3).

(*l*) Gayo, IV, § 107. Los demás casos en que estas excepciones podían imponerse eran: *a*) todas las *in rem actiones*; *b*) todos los *judicia quæ imperio continebantur*; *c*) todos los procesos seguidos por una fórmula *in factum concepta*.

actio se usaba ordinariamente una fórmula *in jus*, conforme á la naturaleza de las acciones civiles; pero el hijo sometido al poder paterno, que tenía necesidad de ejercitar una accion en los límites de su capacidad, debía escoger la fórmula *in factum* (*m*).

Es posible que produjesen tambien otros resultados estas diferentes formas de procedimiento; pero nosotros no los conocemos; y aquéllos que en los tiempos modernos han querido atribuirles los autores, resultan injustificados, como ahora voy á demostrar.

Desde luego, es enteramente falso que estas dos formas hayan sido empleadas, la una cuando se trataba de asentar un hecho (*in factum*), la otra cuando se trataba de apreciar jurídicamente un hecho no controvertido (*in jus*) (*n*). Esta opinion, podría todo lo mas, apoyarse en la apariencia exterior de las palabras (*o*); pero no resiste un ligero exámen En efecto, la mayor parte de las acciones no tenían más que una sola fórmula, y sin embargo, depende de circunstancias accidentales el que sólo haya cuestion sobre el hecho; así es, que si esta opinion fuera fundada, todas las acciones sin excepcion, hubieran debido tener dos fórmulas. Ademas ¿cómo se hubiera procedido en los innumerables casos en que el hecho y el derecho son igualmente controvertidos?

Otros han dicho, con mas apariencia de razon, que la fórmula *in factum* servía para proporcionar al demandado la facultad de evitar la condena por medio de una restitucion voluntaria, á la que parece oponerse la fórmula *in jus* (*p*). Pero esta doctrina aparece contradicha por la accion resultante de la propiedad, la *petitoria formula*, la cual era cier-

---

(*m*) Véase § 67, § 71, nota *o* y nota *t*. No existía tampoco capacidad para intentar una accion ficticia, pues en el caso de la *publiciana actio*, no se podía decir de él que suponiendo la usucapion cumplida hubiera sido propietario, pues en tanto que permaneciese *filius familias* ningun lapso de tiempo podía conferirle la propiedad.

(*n*) Esta es la opinion de Dupont in Comm. IV Inst, Gaji Leodii, 1821, página 71, 76.

(*o*) A la apariencia que resulta de las palabras *jus* y *factum* se añade la circunstancia de que en las dos fórmulas referidas por Gayo IV, § 47, las palabras, *si paret* sólo eran empleadas para la fórmula *in factum*; pero vemos en otras partes usadas las mismas expresiones en una fórmula *in jus concepta*. Gayo, IV, § 34, 41, 86. Ciceron, pro Roscio Comædo, C. IV.

(*p*) Keller, Litis contestatio, p. 358; Hasse, p. 33.

tamente *in jus* (*q*), y sin embargo, contenía siempre la cláusula restrictiva *nisi restituas* (*r*). Fundábase la doctrina dicha en la comparacion de dos fórmulas de la *depositi actio*, de las cuales la una, *in factum*, tenia la cláusula restrictiva y la otra, *in jus*, parecia no tenerla (*s*); mas este mismo fundamento se ha desvanecido desde que se descubrió que el *nisi restituas* se encontraba tambien en la *formula in jus concepta* de la *depositi actio* (*t*).

Por último, podria creerse que la distincion descansa sobre el mayor ó menor número de conocimientos jurídicos supuestos al *judex* y exigidos por ambas especies de fórmulas. Segun la *depositi formula in jus*, el *judex* tenia que determinar la existencia y la extension de la obligacion de una parte respecto á la otra (quidquid dare facere oportet), cosa que no podia hacerse sin un cierto conocimiento del derecho. Cuando, por el contrario, la fórmula de esta misma accion era *in factum*, el *judex* sólo tenia que apreciar un simple hecho, á saber, el depósito de la cosa y su falta de restitucion (mensam deposuisse eamque redditam non esse) apreciacion que no exige ningun conocimiento del derecho. Falta, únicamente, indagar de que elementos se compone la *condemnatio* en esta última fórmula. Dicha condena estaba así concebida: quanti *ea res erit*, tantam pecuniam condemnatio. Si esto significa que solamente hay que averiguar el valor venal de la cosa, queda declarada inútil toda ciencia jurídica, pues no es á los jurisconsultos á quienes hay que

---

(*q*) Gayo, IV, § 45, 92.
(*r*) Ciceron, in Verrem, II, 12. L. 68, de rei vind. (VI, 1).
(*s*) Gayo, IV, § 47.
(*t*) Principalmente en Gayo, IV, § 47. Las ediciones consignan en este lugar: Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato... si non paret absolvito. En el lugar ocupado por la laguna se encuentra en los manuscritos N. R., que Hushke (Studien, p. 316) explica por *nisi restituat*. Esta conjetura feliz se encuentra enteramente confirmada por la L. 1, § 21 depositi (XVI, 3): «...nec debere absolvi, *nisi restituat*... condemnandum te *nisi restituas*.» (Véase L. 22, in f. eod., L. 3, § 3 commodati, XIII, 6). Claramente se vé que estas son alusiones literales á la redaccion de la fórmula, tanto más notables cuanto que fijan la insercion de de las citadas palabras en la *condemnatio*. Ahora bien; tales alusiones, sólo podian aplicarse á la fórmula *in jus*, y no á la fórmula *in factum*, pues esta, aún expresando el mismo contenido, estaba redactada de otra manera: *eamque dolo malo... redditam non esse*, palabras que además se encontrarían, no en la *condemnatio*, sino en la *intentio*.

dirigirse para saber el valor venal de las cosas y se encontraría justificada la distincion entre ambas clases de fórmulas. Si por el contario, el *quanti res erit* se aplica, no al valor venal, sino al interés legítimo, estimado segun la apreciacion de todas las circunstancias, la decision solicitada del *judex* no es ménos jurídica que en el caso de la fórmula *in jus*, porque el *quanti interest* se determina de idéntica manera y conduce al mismo resultado que el *quidquid dare facere oportere*, del cual solamente difiere en los términos. Ahora bien; como en realidad el *quanti res erit* tiene el segundo sentido y no el primero *(u)*, debe abandonarse esta última tentativa de fijar una diferencia práctica esencial entre ambas clases de fórmulas.

Los ejemplos citados al principio de este párrafo, respecto á *intentio* empleada en las fórmulas *in jus conceptæ*, nos llevan naturalmente á la division más arriba asentada sobre las *in personam et in rem actiones*, (§ 206-209). Las acciones *in personam* contienen siempre, en su *intentio*, la afirmacion de un *oportere*, con relacion á la persona del demandado; ó, en otros términos, se afirma que el demandado está ligado ya por una obligacion fundada en el *jus civile*, que es precisamente el sentido de la frase *in personam*. La *intentio* de una *in rem actio* afirma, por el contrario, la existencia absoluta de una relacion de derecho fundada igualmente en el *jus civile*; pero relacion que es diferente de una obligacion. Esta impersonalidad de la *intentio*, y no una relacion á una cosa determinada, es lo que designa la frase *in rem* (§ 208, *a*); semejante relacion no es general, ni necesaria, significando únicamente que el demandado no aparecería como un deudor á quien condenar *(v)*.

Por este medio se esplicaba tambien la denominacion de *mixta actiones*, aplicada en el antiguo procedimiento por fórmulas á las acciones de particion (§ 209). En efecto, su *formula* era más complicada que la de las otras acciones:

(*u*) Véase apéndice XII.

(*v*) Gayo, IV, 87: «cum in rem agitur, nihil in intentione facit ejus persona, cum quo agitur... tantum enim intenditur, rem actoris esse.» La primera proposicion (negativa) confirma lo que digo aqui por adelantado; la segunda (positiva) sólo se presenta como ejemplo, y por consiguiente, no contradice mi afirmacion.

contenía una parte puramente personal, fundada sobre las obligaciones, con la expresion *dare facere oportere ex fide bona*; y además, otra parte llamada *adjudicatio*, así concebida: *cuantum adjudicari oportet, judex Titio adjudicato* (*w*). La forma de esta última parte era impersonal, y, por consiguiente, *in rem* (*x*); así, pues, podía decirse que la fórmula de estas acciones era á la vez *in rem* é *in personam* (*y*).

Pero no debe creerse que la distincion de las *in personam* é *in rem actiones*, fundada en esta redaccion de las fórmulas, deba caer con ellas y abandonarse hoy como inútil. Esta redaccion de las fórmulas servía por el contrario, para expresar fielmente una distincion que se fundaba en la esencia misma de las cosas. Hoy todavía puede decirse que en la *in rem actio* sólo se trata *inmediatamente* de hacer constar la existencia ó la no existencia de una relacion de derecho, y despues, *mediatamente* y por vía de consecuencia, de condenar al demandado á ciertas prestaciones; miéntras que en la *in personam actio* este último punto constituye el único objeto del juicio. Puede tambien decirse que bajo el imperio de la legislacion justinianea, esta distincion de las dos especies de acciones era áun más marcada que en los tiempos del antiguo procedimiento por fórmulas, pues el objeto directo de la decision judicial, que con arreglo á dicha legislacion era el reconocimiento mismo del derecho litigioso, debía ser siempre, en el procedimiento formulario, una suma de dinero (§ 215 r); de modo que, en éste último, el reconocimiento del derecho no aparecía sino como símple motivo de condenar al demandado al pago de la referida suma (*z*).

(*w*) Gayo, IV, § 42.

(*x*) Véase § 208, *a*, y § 216, *v*.

(*y*) De esta manera se explica el texto siguiente que no poseemos en su forma primitiva: L. 22, § 4, fam. herc. (X, 2): «Familiæ erciscundæ judicium ex duobus constat, id est rebus atque præstationibus, quæ sunt personales actiones.»

(*z*) Bajo esta forma indirecta es como los antiguos jurisconsultos nos muestran el reconocimiento del derecho en las *in rem actiones*; L. 8, § 4, si sev. (VIII, 5): «per sententiam non debet servitus constitui, *sed quæ est declarari.*» L. 35, § 1, de R. V. (VI, 1): «judex sententia *declaravit meum esse.*» Estos textos, que evidentemente no han sido alterados, tienen en el derecho justinianeo y en el derecho actual una aplicacion todavía más inmediata y más completa que en el espíritu de sus autores.

En las *formulæ in factum conceptæ*, y de igual modo en todas las acciones pretorianas, la distincion de las *in rem* é *in personam actiones*, no resultaba de la redaccion de la *intentio* (*aa*), sin embargo de que la distincion existió siempre respecto de ellas (*bb*); por donde aparece confirmada la afirmacion que he hecho anteriormente de que la distincion no resulta de la diferencia de la fórmula (la de la *intentio in jus concepta*), sino que la diferencia de las fórmulas tiene por base la distincion de las acciones.

§ CCXVII. *Division de las acciones. In jus, in factum conceptæ.* (Continuacion).

Hasta aquí he tratado únicamente de las fórmulas insertas ya en el edicto, la mayor parte apropiadas exclusivamente para ciertos casos, algunas correspondientes á otras tantas fórmulas *in jus*, con el fin de que el demandante pudiera escoger entre la una ó la otra clase de fórmula.

Las fórmulas *in factum* se empleaban, además, frecuentemente cuando se trataba de crear una fórmula para una nueva relacion de derecho, es decir, en aquellos casos en que el edicto no ofrecía ninguna, de modo que servían tambien á la extension práctica del derecho. Esta especie de fórmulas llenaba perfectamente semejante objeto, porque todo derecho descansa necesariamente sobre un hecho, y la fórmula *in factum* no contenía más que la expresion de hecho al cual se ligaba una consecuencia práctica.

Tal es el verdadero sentido de las *actiones in factum*, con tanta frecuencia mencionadas en las fuentes; eran extensiones prácticas del derecho, por medio de *formulæ in factum conceptæ*, que no figuraban en el edicto, pero que concordaban con él expresamente, en todos los casos en que era necesario. Apareciendo estos con más frecuencia y más uniformidad, pasaron en seguida al edicto, y este es el orígen progresivo de todas las acciones pretorianas que vemos en

(*aa*) Podía una accion pretoriana ser *in personam* y presentar en su forma la apariencia de una *in rem actio*. Véase § 208, *a*.

(*bb*) L. 1, § 1, si ager vect. (VI, 3), L. 1, § 1, de superfic. (XLIII, 18); La mayor parte de los præjudicia eran pretorianos (§ 216 *a*, y 207 *f*), y todos in rem, cualquiera que fuese la redaccion de la fórmula.

dicho edicto figurar. Pero la forma y los efectos de dichas fórmulas *in factum* eran siempre los mismos, ya se insertasen ó no en el edicto.

Así, pues, las *actiones in factum* de que hablan las fuentes del derecho, eran en realidad una sola y misma cosa que las *formulæ in factum conceptæ* que Gayo nos ha dado á conocer, y esta identidad, puesta equivocadamente en duda por varios autores, aparece manifiesta en un gran número de textos (*a*). Entre estas acciones las importantes y de más frecuente uso estaban individualizadas por un nombre especial, sacado ó del de su autor, como la *Serviana*, para el acreedor provisto de una prenda (*b*), ó bien de su motivo, como la *actio doli*, *quod metus causa*, *vectigalis*, *constitutoria*, *hypothecaria;* pero estas denominaciones sólo servían para la la comodidad del lenguaje, sin que la designacion obstara para que conservasen siempre su carácter de *actiones in factum* ó *formulæ in factum conceptæ.*

La explicacion que acabo de dar de la *actio in factum*, afirmando que servía para el desenvolvimiento práctico del derecho, se encuentra confirmada directamente por el testimonio de los antiguos jurisconsultos (*c*). Ellos nos dicen, en efecto, que los *judicia prodita*, las *vulgares actiones* (*d*) no bastaban para las necesidades de la vida real, por lo que el pretor habría provisto á esta necesidad por medio de las *actiones in factum*. Añaden que los casos en que la necesidad se hacía sentir son de dos especies: los unos enteramente nuevos, y los otros análogos á los que se hallaban ya protegidos por las acciones civiles; de modo, que

---

(*a*) Gayo, IV, § 106, 107, emplea indiferentemente las frases *formula in factum concepta* é *in factum agere*. De igual manera Gayo, IV, § 46, enumera varias *formulæ in factum*, que el Digesto llama siempre *actiones in factum*. L. 12, de in jus voc. (II, 4), L. 25, pr. de O. et A. (XLIV, 7). L. 3, pr. de eo per quem factum (II, 10). L. 5, § 3, ne quis eum (II, 7).

(*b*) No debe incluirse en esta clase la *Publiciana actio* que, como accion ficticia (§ 215), era á la vez *in jus* é *in factum* (§ 216). La *Rutiliana* y la *Serviana* introducida en favor del *bonorum emtor* tenian el mismo carácter. Gayo, IV, § 35.

(*c*) L. 1 pr., L. 11, de præscr. verbis (XIX, 5).

(*d*) Los *judicia prodita* son acciones contenidas en el edicto y acompañadas de sus fórmulas, por mas que la L. 1 de præscr. verbis (XIX, 5) habla tambien de acciones quæ *legibus proditæ* sunt. *Vulgares* actiones son las conocidas y usuales, ó en otros términos, las contenidas en el edicto. Así se emplea en el sentido de *directa* (§ 215, *a*); en la ley 42 pr.

para los últimos bastó que se extendiesen á ellos estas acciones (*e*).

Siendo el fin general de las *actiones in factum* la extension práctica del derecho, se vé que bajo este aspecto concordaban con las *actiones utiles* de que ántes he hablado (§ 215). Así, pues, cuando se necesitaba una accion para un caso nuevo, se podía recurrir á una accion ficticia, derivada de una antigua accion civil, y éstas eran las *utiles actiones* propiamente dichas; pero tambien se podía obtener el mismo resultado por medio de una *actio in factum*. Este último medio se empleaba, principalmente, en los numerosos casos en que era preciso extender más allá de sus límites originarios una accion pretoriana, que ya era *in factum*, y tambien cuando se necesitaba crear una accion enteramente nueva para una relacion de derecho que hasta entónces no se había presentado. El nombre general de *utilis actio*, como designacion de una accion nueva creada por la extension del derecho (§ 215), convenía igualmente á las *in factum actiones*, y así se explica que veamos en varios textos ambas designaciones reunidas bajo el nombre de *utilis in factum actio* (*f*). La accion *hypothecaria* era precisamente de esta especie, como extension de la *Serviana*, introducida en su orígen para un caso muy extricto; razon por la cual se la llama tambien *utilis Serviana* ó *quasi Serviana*.

En ninguna parte vemos estas dos expresiones con tanta frecuencia empleadas alternativamente como con motivo de la *actio legis Aquiliæ*, la cual, muy estricta primitivamente, había dado despues lugar á las más diversas amplificaciones. Se verificaban éstas frecuentemente sin duda por me-

---

de furtis (XCVIII, 2) aparece la *vulgaris* como opuesta á actio noxalis, y en los Vat. Fragm., § 102. á *actio de peculio*,

(*e*) L. 11, de præscr. verbis.

(*f*) L. 26. § 3, de pactis dot. (XXIII, 4).—«Utilis in factum» L. 7. § 1 de religiosis (XI, 7): utilem actionem in factum.» Esto no es un pleonasmo. En el último texto citado, *utilis* quiere decir que la *actio* de *religiossi*, contenida ya en el edicto, se habrá extendido á un nuevo caso: la adicion *in factum* expresa que *utilis* no debe tomarse en su significacion extricta de accion ficticia. Se encuentra muy bien tratada esta materia en Muhlenbruch Cession, § 15; sólo que hace demasiadas distinciones y éstas son por demás sutiles. Las ideas y las expresiones de los romanos erán mucho más sencillas.

dio de una *utilis actio* propiamente dicha ó accion ficticia *(g)*; pero no ménos frecuentemente se operaban tambien por medio de una *actio in factum* (*h*): esto dependía probablemente de la casualidad, y en ambos casos el resultado definitivo era exactamente el mismo. Así, pues, no hay contradiccion de ninguna especie, ni fluctuacion de doctrinas, cuando, respecto de una sola clase, vemos mencionar unas veces la *utilis*, otras veces la *in factum actio (i)*. Aun bajo el imperio del antiguo procedimiento, ambas expresiones eran igualmente legitimas é idénticas en cuanto al resultado; y en el derecho justinianeo, despues de la abolicion de las fórmulas, la diferencia era puramente nominal.

La identidad que he explicado entre la *actio in factum* y la *formula in factum concepta* experimenta, sin embargo, una incontestable excepcion. Los contratos que los autores modernos tienen costumbre de llamar innominados, engendraban acciones civiles, las cuales se califican indiferentemente de *actio præscriptis verbis* ó *in factum civilis* (*k*). Hé

(g) Cuando el usufructuario de una cosa deteriorada quería hacer una reclamacion en justicia, como no podía tener más que una *utilis actio* (L. 11, § 10, ad L. Aquil., IX, 2) la fórmula se redactaba así: si paret N. Negidium Stichum servum, in quo ususfructus A. Agerii ex jure Quiritium esset, damnum decidere oporteret, judex quanti ea res plurimi fuit in diebus triginta proximis, tantam pecuniam condemnatio, si non paret absolvito. La accion ficticia se aplicaba perfectamente al caso de este órden en que el demandante, sin ser propietario, tenía un *jus in re* sobre la cosa deteriorada; pero si la extension de la accion hacía referencia á la naturaleza misma del acto que causaba el perjuicio (*damnum nom corpore datum*) resultaba inaplicable la forma de una accion ficticia. Sin embargo, se empleaba tambien la frase *utilis actio* áun en los casos de esta última especie, como lo prueban los textos citados en la nota *y*.

(*h*) Se la llama ordinariamente *in factum*, y algunas veces tambien *in factum legis Aquiliæ accommodata*, ó *ad exemplum legis Aquiliæ* L. 11, pr. D. de prescr. verbis (XIX, 5) L. 53 ad L. Aquil. (IX, 2).

(*i*) L. 52 de furtis (XLVII, 2), comparada con la L. 53 ad L. Aquil. (IX, 2).—L. 9, § 3, ad L. Aquil. (IX, 2.) comparada con lá L. 27, § 34 id. Con arreglo á otros varios testimonios, es preciso sobreentender en este último texto la palabra *utilem* (L. Aquil. actionem). Véase § 16, J. de L. Aquil. (IV, 3). Fundándose en el final del texto de las instituciones podría creerse que había para la *actio L. Aquil.* dos extensiones sucesivas: 1.° por medio de una *utilis actio*; 2.° si ésta no bastaba, por medio de una *in factum actio*. Esta falsa apariencia se debe á una falta de exactitud en la redaccicon que por otra parte, es fácil de comprender, pues hacía largo tiempo que nada de esto existía en la práctica. Véase t. I, § 45. Este texto de las instituciones ha proporcianado mucho trabajo inútil á los autores modernos.

(*k*) In factum civilis. L. 1, § L. 5, § 2, de prescr. verbis (XIX, 5). Lo

aquí cómo era su redaccion. Primeramente venía una *demonstratio* que no contenía, como respecto de las demás acciones, una indicacion sumaria del hecho *(l)*, sino la narracion detallada de éste con todas sus circunstancias, y por consiguiente, constituía la base de la accion. *(m)*. Era una *demonstratio* verdadera que *precedía á la intentio*, lo cual nos explica el nombre de *præscriptis verbis*, tomado como el de *præscriptiones* del lugar que ocupaba en la fórmula (*n*.) El nombre de *in factum* se explica por la narracion detallada de los hechos, lo que apróxima esta especie de acciones á las *formula in factum conceptæ* y, particularmente, á aquéllas que no se insertaban por separado en el edicto, sino que se daban todas á la vez, siempre que era necesario.

Examinemos ahora la *intentio in jus concepta* usada en un gran número de acciones y enteramente indeterminada: quidquid eum ob eam rem dare facere oportet. La accion entónces aparece, en un gran número de textos, con el nombre de *incerti actio*, unas veces (á causa de la indeterminacion de *quidquid*), otras veces con el de *civilis* (á causa de la *civilis* ó *in jus intentio)*, otras con estos dos nombres reunidos *(o)*; y áun encontramos una vez el de civilis *intentio* incerti

---

cual es sinónimo de præscriptis verbis. L. 1, § 2, L. 2 pr. L. 13, § 1, L. 22 pr., L. 24 id.

(*l*) Se ven ejemplos de esta forma dada á la *demonstratio* en Gayo, IV, § 36, 47, 136, 137.

(*m*) L. 6, C. de transact. (II, 4): «Aut enim stipulatio conventioni subdita est, et ex stipulatu actio competit: aut si omissa verborum obligatio est, utilis actio, quæ præscriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est.» *Demonstrat* designa directamente la *demonstratio*: pero la parte esencial es el *rem gestam*, es decir, la exposicion detallada de los hechos tales como han sucedido. La expresion *utilis actio* habia parecido desde hacía largo tiempo sospechosa á los comentaristas y han querido sustituirle un poco violentamente por la palabra *civilis*. Pero hé aquí una explicacion más natural. Se admitía antiguamente que el contrato innominado en la forma que aquí se cuestiona, *facio ut des*, no daba lugar á ninguna accion civil (L. 5, § 3 de præscr. verb., XIX.5) Luego, puesto que nuestro texto le atribuye una accion, era esta una *utilis actio* comparada con el antíguo estado de cosas. Elvers Neue Themis. t. I, pág. 366,

(*n*) Observacion atinada que hace Hasse, p 44.

(*o*) Civilis. Véase nota *k*. Incerti, L. 8, L. 9, pr. de præscr. verb. (XIX, 5), L. 19, § 2, de prec. (XLIII. 26) L. 9 C. de don. (VIII, 54). Civilis incerti ó incerta. L. 7, § 2 de pactis (II. 14) L, 16, de præscr. verb. (XIX, 5), L. 23 comm. div. (X, 3), L. 6, C. de rer. perm. (IV, 64). El manuscrito de Florencia en la L. 19, § 2, de prec. expresa incerti *condictione*, lo cual es evidentemente un error. La buena leccion, que es la del texto

(p), designacion que bastaría para disipar toda duda sobre la naturaleza de esta fórmula. El nombre de *incerti* actio no tendría sentido si se la quisiera considerar como una *formula in factum concepta*, pues la narracion que hubiera formado entónces la materia de la *intentio* (§ 216) no presentaría absolutamente nada indeterminado.

Se vé, pues, que esta *actio in factum civilis* tenía en realidad una fórmula *in jus concepta*, por mas que el nombre pueda facilmente inducir á error sobre este punto *(q)*. Tal es la conclusion que resulta del conjunto de los textos citados. Pero hé aqui además, otros testimonios particulares que vienen á confirmar semejante doctrina. Segun las Institutiones, la accion de que voy hablando era *bonæ fidei* (*r*); ahora bien, Gayo nos enseña que las acciones de buena fé tenían una *intentio in jus concepta* de la siguiente manera concebida: quidquid eum dare facere oportet *ex fide bona* (*s*); y la *intentio in factum concepta* no se prestaba en manera alguna á la adicion de estas últimas palabras, de donde se tomaba, sin embargo, el nombre de esta clase de acciones *(t)*. Cuando Seyo daba á Ticio el esclavo Estíco bajo la condicion de que el segundo emancipase al esclavo Panfilo, y Ticio, despues de haber cumplido la condicion, se veía arrebatar á Estico, por consecuencia de la reivindicacion de un tercero, se preguntaba cuál era la accion que debía Ticio ejercitar contra Seyo, para hacerse indemnizar. El jurisconsulto Juliano pensaba que era necesario recurrir á una *in factum actio*; pero Marciano y Ulpiano censuran esta

---

de Bolonia, expresa incerta *actione* y se encuentra en el Cod. Rehd., en mi manuscrito y en las ediciones siguientes: Rom., 1476; Norimb., 1483; Venet., 1483; Venet., 1485.

(*p*) L. 6 pr. præscr. verb. (XIX. 5): «civili intentione incerti.»

(*q*) La doctrina aquí expuesta ha sido ya formulada por diversos autores; Keller, Litiscontestatio, p. 252, 253; Hasse, p. 41-46; G. E. Heimbach, Bedeutung der in factum actio en Linde 's Zeitschrift, t. XI, p. 285 y sig. Por lo demas, la frase *in factum civilis* no estaba bien elegida, porque podía confundirse facilmente esta accion con la *formula in factum concepta* de varias acciones civiles (§ 216, *k*) con las cuales nada tenía de comun en realidad.

(*r*) § 28, J. de act. (IV, 6).

(*s*) Gayo, § 47.

(*t*) Las palabras *ex fide bona* sirven para determinar y restringir el *opotet*, es decir la obligacion que resulta de la relacion de derecho. Pero en la exposicion del hecho, por ejemplo: si paret Agerium mensam deposuisse, la adicion de *ex fide bona* no tendría sentido.

opinion, porque la *civilis incerti actio* regular, bastaba para conseguir el objeto, sin que hubiese necesidad de una *actio in factum* (*u*). Esta censura implica necesariamente que la accion civil, declarada suficiente por Ulpiano, tenía una *intentio in jus concepta*, pues, si lo hubiese sido *in factum*, no habría existido oposicion verdadera entre la opinion de Juliano y la de Ulpiano, ni éste último la hubiera ciertamente criticado (*v*). Por último, un scoliasta de las Basilícas nos dice expresamente que las acciones que nos ocupan tenían además de la *demonstratio*, una *intentio* especial y que despues, y en último término, venía la *condemnatio* (*w*).

§ CCXVIII. *Division de las acciones. Judicia, arbitria.— Stricti juris, bonæ fidei* (*x*).

La exposicion que acabo de hacer de las antiguas formas de acciones tenia por objeto facilitar la inteligencia de algunas, cuyas importantes diferencias se encuentran todavía frecuentemente mencionadas en el derecho Justinianeo. Estas acciones, cuya inteligencia he procurado facilitar, son la *stricti juris* y *bonæ fidei actiones*, las *condictiones* y las *actiones arbitrariæ*.

Ciceron nos dice que había en general dos especies de acciones: los *judicia* y los *arbitria* (*a*). En las primeras se seguía el rigor y la letra del derecho; en las segundas se podian usar ciertas contemplaciones y consultar la equidad.

(*u*) L. 7, § 2, de pactis (II, 14): «Et ideo puto, recte Julianum á Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus: Julianus scribit in factum actionem á Prætore dandam: ille ait, civilem incerti actionem, id est præscriptu verbis sufficere.»

(*v*) No puede tratarse aquí de la simple distincion entre la accion civil y la accion pretoriana, porque esta distincion no sería visible en la fórmula. La redaccion de la *intentio* (*in jus* ó *in factum*) era la única que podía presentar una diferencia aparente y dar lugar á la crítica.

(*w*) Schol. Basil., T. I, p. 597, 560, ed. Heimbach; véase A. E. Heimbach, p. 290.

(*x*) Véanse sobre esta materia los apéndices XIII y XIV. El que ántes que el texto lea los apéndices, comprenderá mejor el resúmen que del asunto hago en este párrafo y en los siguientes.

(*a*) Ciceron, pro Roscio Comædo, C. V: «Aliud est judicium, aliud arbitrium... Quid est in judicio? directum, asperum, simplex; Si paret H. S. 1000 dari oportere... Quid est in arbitrio? mite, moderatum: Quantum æquius et melius, in dari.»

Un poco más adelante Ciceron parece significar el contraste por los términos de *judicia legitima* y *arbitria honoraria* (*b*). En otros pasajes, donde evidentemente se trata de acciones que entraban en la clase de los *arbitria*, las designa de esta manera: judicia (ó arbitria), in quibus *ex fide bona* est additum; es decir, que su *formula* contenia, como signo característico, las palabras *ex fide bona* ú otras que tenían el mismo sentido (*c*).

Séneca expresa el mismo contraste con idéntica generalidad; pero añade un importantísimo detalle explicativo de los términos empleados, detalle omitido en Ciceron por puro accidente (*d*). Existía, en efecto, una lista periódica y públicamente fijada (*album*) de todos los ciudadanos designados como jueces. El número de ellos y las clases de donde debian escojerse es punto que ha variado más de una vez (*e*). Hé aquí, ahora, la relacion que existía entre la persona del juez y esta diversidad de acciones: el *judicium* no podía ser

---

(*b*) Ciceron, ib., C. V: «perinde ac si hanc formulam omnia *judicia legitima*, omnia *arbitria honoraria*, omnia officia domestica conclusa et comprehensa sint, perinde dicemus.» Evidentemente no busca aquí Ciceron una precision científica; el sentido de este pasaje es: «todos los *judicia*, es decir, las acciones civiles, como tambien todos los arbitria, es decir, las acciones pretorianas.» Las frases restantes tienen un sentido demostrativo, y no restrictivo, y no implican, en manera alguna, que no fuesen *arbitria* acciones civiles numerosas é importantes, como se verá bien pronto, con arreglo á otros pasajes del mismo Ciceron. No deben confundirse estos *judicia legitima*, cuyo sentido aparece indudable comparando los *arbitria honoraria*, con los *legitima judicia* de que habla Gayo, IV, § 103. 105. Gayo mismo, § 109, nos pone en guardia contra este error.

(*c*) Ciceron, Top., C. XVII: «In omnibus igitur iis *judiciis*, in quibus *ex fide bona est additum*: ubi vero etiam *est inter bonos bene agier*: in primisque in arbitrio rei uxoriæ, in quo est: *quid æquius melius.*» Ciceron, de Off. III, 15: «*judiciis* in quibus additur *ex fide bona;*» III, 17 «in omnibus iis *arbitriis*, in quibus adderetur *ex fide bona.*»

(*d*) Seneca, de Beneficiis, III, 7: «Ideo melior videtur conditio causæ bonæ si ad *judicem*, quam si ad *arbitrum* mittatur: quia illum *formula includit*, et certos quos non excedat terminos ponit; hujus *libera, et nullis adstricta vinculis religio*, et detrahere aliquid potest et adjicere... ubi id, de quo sola sapientia decernit, in controversiam incidit, non potest ad hæc sumi *judex ex turba selectorum, quem census in album et equestris hereditas* misit.» Por un accidente singular, esta distincion entre los jueces se encuentra mencionada textualmente en un pasaje de las Instituciones de Justiniano, donde no tiene ningun sentido § 1, J. de act. (IV, 6): «Omnium actionum, quibus inter aliquos *apud judicem arbitrowe* de quacumque re quæritur, etc.

(*e*) Véase Zimmern, Rechtsgeschichte t. III, párrafo 10.

pronunciado sino por un *judex* inscrito en el album, mientras que cualquier ciudadano, inscrito ó no en dicha lista, podia ser llamado á pronunciar un *arbitrium (f)*. Respecto á la fraseología, observo que judex y judicium se empleaban unas veces para designar el *judicium*, en el estrecho sentido explicado más arriba (notas *a*, *b*, *d*), otras veces como expresiones genéricas, en cuyo caso abrazaban tambien á los *arbitria (g)*. Las palabras *arbiter* y *arbitrium* no tenian esta doble acepcion y se aplicaban exclusivamente á los procesos en que el juez tenia mayor latitud *(h)*.

Resumiendo, aparece que habia en el antiguo procedimiento dos especies de acciones que yo llamaré, para mayor comodidad, á las unas *rigurosas*, á las otras *libres*. Es

---

(f) Ciceron, pro Cluentio, C. XLIII, dice que todos la *judices* tenían sus poderes por el consentimiento libre de las partes. La generalidad de esta asercion admite perfectamente diferencias en el modo de su nombramiento y en cuanto á la intervencion que en él tenían las partes. Cuando en un *judicium* el pretor ó la suerte designaba un cierto número de nombres tomados del *album*, de entre los cuales podian recusar las partes un cierto número, aceptaban éstas los restantes, y entre ellos el pretor escogía un *judex*; acaso, tambien, para un *arbitrium* se necesitaba un acuerdo positivo de las partes, como parecen indicarlo la L. 57 de red. jud. (XLII, 1), y Val. Max., II, 8, 2. Probablemente el demandante nombraba el *arbiter* y el demandado podía rechazarlo. Val. Max., VIII, 1. 2. «Calpurnius... Catonem... arbitrium Claudio *addixit*.» Sin embargo, se lee, á propósito del mismo hecho, *adegit*, en Ciceron, de Off., III, 16, expresion que repite en la oracion pro Roscio. C. IX. Por otro lado en Cic., de or., II, 65, 70 se dice judicem aliqui ferre. Sería gran error creer que los jueces inscritos en el *album* fuesen los mejores y que para los *arbitria* se contentasen con los más inferiores. El triunfo de un partido político hacía frecuentemente excluir del *album* á los ciudadanos más distinguidos; además los numerosos magistrados que funcionaban en el año corriente, y que podian siempre ser *arbitri* no figuraban en el *album*; por último, se podían nombrar *arbitri* tanto á los que estaban inscritos en el album como á los que no lo estaban.

(g) Asi se desprende claramente de los pasajes de Ciceron, citados en la nota *c*, Gayo, IV, § 163, emplea indiferentemente las palabras *judex* y *arbiter*, acaso teniendo solo en cuenta la armonía (por ejemplo, *judicis arbitrio)*. En las fórmulas que eran ciertamente *arbitria*, encontramos siempre *judex esto* y nunca *arbiter esto*: únicamente, en varias de ellas se encuentra: *recuperatores sunto* (Gayo, IV, § 46, 47), y no *judices ó arbitri sunto*. Así, no debe atribuirse el hecho á falta de exactitud en los autores; era este el lenguaje constante de la jurisprudencia. Cuando encontramos que se discute si es preferible decir *judex ó arbiter* (Ciceron pro murena, C. XII) debemos considerarlo como una discusion puramente teórica en que se trata de perfeccionar el lenguaje.

(h) La palabra *arbiter* tiene todavía una doble significacion, pero bajo una relacion muy diferente; designa á la vez el juez de una accion libre y el arbitro al cual se somete una cuestion extrajudicial.

evidente que existia verdadera conexion entre los diferentes modos de proceder, es decir, entre la mayor ó menor latitud concedida al juez, y la cualidad personal del *judex*, puesto que para las acciones rigurosas no podia tomarse éste sino de la lista pública de los jueces, y para las acciones libres podia ser designado entre todos los ciudadanos sin distincion alguna.

Es verdaderamente extraño que esta division de las acciones no se encuentre reconocida bajo su forma general en ningun texto del cuerpo del derecho, y, sin embargo, la veamos minuciosamente aplicada á un estrecho círculo de acciones, como las *stricti juris y bonæ fidei*. Pero no debe creerse que quedase restringida en este círculo y no fuese aplicable á las demás acciones. Probaré más adelante que conservó su significacion y su importancia en tanto que subsistió el *ordo judiciorum;* de donde resulta que la modificacion aquí señalada atañe más al lenguaje que al fondo de las cosas.

Para que aparezca con toda claridad este importante contraste, tal como se ofrece en las fuentes del derecho, voy á pasar revista á todas las acciones, indicando sumariamente su relacion con el contraste referido. El desenvolvimiento de estas indicaciones sumarias será el objeto de indagaciones posteriores. La base de este cuadro general la constituyen las nociones precedentemente expuestas sobre las acciones civiles y pretorianas (§ 213); sobre las acciones *in rem é im personam* (§ 206-209; y por último, sobre las acciones que resultan de los delitos, es decir, las acciones penales (§ 210-212).

I Civiles actiones.

1 In personam.

A. Resultantes de los actos jurídicos (los contratos y los cuasi contratos) (*i*). A estas acciones se refiere la division siguiente:

(*i*) Es, pues, el mismo órden de ideas que el que los romanos comprenden bajo la expresion general de *contractus*. Véase L. 23 de R. J. (L. 17). No es preciso completar la subdivision siguiente, á saber, la de los delitos, añadiendo los cuasi delitos, porque si bien los cuasi contratos son numerosos é importantes, los cuasi delitos solo ofrecen un interés muy secundario; por lo demás, ninguno pertenece tampoco al antiguo derecho civil, de modo que solo engendran acciones pretorianas.

a Stricti juris, llamadas tambien condictione.

Estas son acciones rigurosas (judicia).

b. Bonæ fidei. Estas son acciones libres (arbitria).

B. Resultantes de los delitos, es decir, acciones penales. Estas son judicia.

2 In rem. Todas son arbitria.

II Honorariæ actiones. Estas son siempre arbitria y no se distingue si tienen el carácter de acciones in rem ó in personam, ni, en cuanto á las últimas, si resultan de los actos jurídicos ó de los delitos.

El contraste de las *stricti juris y bonæ fidei actiones* se refiere, pues, únicamente á las acciones civiles *in personam* que resultan de actos jurídicos. Realmente aquel nombre no corresponde á ninguna otra; pero el carácter práctico que las distingue, pues las unas son rigurosas y las otras libres, existe en todas las acciones, en el sentido de que son libres la mayor parte de ellas y solamente algunas rigurosas.

Por lo demás, refiriéndose enteramente el contraste á la cualidad y á los poderes del *judex*, sólo tenía significacion, y esto por sí mimso se entiende, para los *ordinaria judicia*, pues en los extraordinaria no figura ningun juez al lado del magistrado.

§ CCXIX. *Division de las acciones. Stricti juris (condictiones), bonæ fidei.*

Las acciones civiles y personales que resultan de los actos jurídicos pueden considerarse como el punto central del sistema de las acciones: á ellas se aplican exclusivamente las más precisas expresiones técnicas que, únicamente por analogía, se atribuyen á las demás.

Las acciones civiles que resultan de los contratos tienen por base el siguiente pensamiento. Una vez organizado el derecho, la primera, la más imperiosa necesidad que tiene que satisfacer, es la de proteger la propiedad y los derechos que á el se refieren. La coaccion que esta proteccion necesita, al limitar la libertad de los demás hombres, previene, reprime las tentativas injustas y procede frecuentemente por medios negativos. Esto basta generalmente para regular las acciones de los hombres entre sí; hasta este punto

no tiene lugar todavía la aplicacion de la coaccion á actos positivos. Cuando el empleo de este medio resulta necesario, es preciso justificarlo, en virtud de la necesidad de que voy á ocuparme.

Cuando, por ejemplo, arrienda un propietario su casa y el locatario rehusa devolversela, la accion que resulta de la propiedad ofrece una proteccion suficiente contra esta injusticia. Pero, si el locatario rehusa pagar el alquiler, no basta aquella accion y, sin embargo, el propietario se encuentra defraudado en su legítima esperanza. El mismo hecho se reproduce con ocasion de la mayor parte de los contratos. Ahora bien; todos estos hechos estan bajo la proteccion directa de la conducta seguida por los hombres honrados, y esta proteccion, independientemente de todo recurso exterior, es más eficaz de lo que pudiera creerse bajo el punto de vista jurídico. No se trata aquí de nobleza de alma, de generosidad, de sacrificio, cosas todas en las cuales sería gran error confiar, el interés bien entendido es bastante para dictarnos una conducta, sin la cual no se obtendría la confianza de los otros, confianza indispensable en la vida social. Esta fidelidad á los compromisos contraidos es llamada por los romanos buena fé, *bona fides*. Puede decirse, en este sentido: la conservacion de nuestros bienes nos está garantizada por la accion resultante de la propiedad; la esperanza de que cada uno conformará sus actos con las declaraciones de su voluntad, tiene por garantía la buena fé.

Sin embargo, esta garantía no es bastante, apesar de toda la reserva que se pueda tener para implorar un remedio exterior. Así, cuando arriendo mi casa á otro, tengo á mi favor, para garantirme contra la disminucion de mis bienes, independientemente de la lealtad del locatario, la reivindicacion que me corresponde; pero cuando le presto dinero, me falta este recurso. Al transferirle la propiedad de este dinero, me privo voluntariamente, y en beneficio suyo, del recurso de la reivindicacion; y si no me lo devuelve, no solamente resulta defraudada mi esperanza, como en el caso en que no me pague el alquiler, sino que experimento una disminucion en mis bienes, precisamente por consecuencia de un alto grado de confianza. Esta, pues, me expone á un mayor perjuicio; por lo que, ambas circunstan-

cias reunidas me dan derecho á una proteccion más poderosa, semejante á la que resulta de la propiedad.

El préstamo es el ejemplo más sencillo y evidente de la necesidad de dicha proteccion por medio de la accion personal; pero con el préstamo se relacionan, por un lazo natural, otros casos análogos que deben, por consiguiente, gozar de idéntico beneficio. Porque si el préstamo tiene derecho á mayor proteccion que los otros contratos, consiste en que, si faltase ésta, mis bienes serian injustamente disminuidos para enriquecer á otro; luego en todos los casos en que exista la misma relacion debe serles igual proteccion concedida. Así tiene lugar, efectivamente, cuando otro se enriquece á mis espensas, no por efecto de la confianza que le concedo, sino á causa de un error por mi parte *(condictio indebiti)*, ó por consecuencia de una violencia que ejerce sobre mí, ó últimamente por simple casualidad. Este encadenamiento natural de ideas ha hecho colocar en la misma línea que la accion resultante del préstamo á las *condictio indebiti*, *sine causa*, *furtiva*, etc. *(a)*.

Hé aquí ahora una segunda ampliacion, pero ya más artificial, de la proteccion misma. Cuando entre otra persona y yo se establece una relacion de derecho que no tenga ordinariamente otra garantía que la buena fé, si convenimos en someter esta relacion de derecho bajo una proteccion jurídica semejante á la que acompaña al préstamo, basta para facilitar las transaciones civiles que resulte eficaz esta convencion. Al efecto deben emplearse formas apropiadas para hacer constar la convencion como real y séria, formas que deben tambien naturalmente hacer resaltar la afinidad íntima de este caso con los enumerados anteriormente, y principalmente con el préstamo. Con arreglo á este principio se han atribuido efectos de igual naturaleza que los del préstamo á la *expensilatio* y á la *stipulatio*, como tambien á la antigua *nexi obligatio*. *(b)*.

Preciso es ahora llevar nuestra atencion sobre los actos jurídicos de que anteriormente he dicho hallarse protegidos por la buena fé. Sería peligroso atenerse á esta proteccion, porque podrian encontrarse hombres que no la tuvieran en

---

(a) Apéndice XIV, núm. IV-VIII,
(b) Apéndice XIV, núm. IX, X.

cuenta; y aunque la misma pérdida de la confianza les ocasionaría, para en adelante, un perjuicio superior al beneficio actual, este beneficio no sería ménos injusto, ni dejaría de aparecer violado el órden del derecho, si bien de una manera ménos grave. Bajo este punto de vista los casos á que me refiero tienen una cierta analogía, pero no una identidad completa con los que exijen una rigurosa proteccion jurídica.

Veámos la manera que tuvieron los romanos de reconocer esta relacion y esta diferencia. La proteccion rigurosa, aquélla que exije la intervencion del juez propiamente dicho, sólo existe para los casos de la primera clase. En cuanto á los protegidos solamente por la buena fé, cuando dos personas se encuentran en disentimiento y cada una de ellas estima tener el derecho de su parte, pero que tambien conciben que pueden engañarse, se ponen de acuerdo para elegir un árbitro imparcial, prometiendo someterse á su decision. Esto es tan conforme con los usos de las gentes honradas que nadie podría oponerse, sin infundir sospechas respecto á su lealtad, así, en semejantes circunstancias, todos estan obligados á prestarse á este compromiso. El árbitro, de esta manera nombrado por el consentimiento de ambas partes, no ha de aplicar, como el juez verdadero, el derecho riguroso, sino que se limita á determinar lo que, en el caso dado, haría por sí mismo y sin coaccion alguna un hombre honrado *(c)*.

La idea general, que bajo su forma abstracta acabo de exponer, reviste entre los romanos la forma concreta de que voy á ocuparme (§ 218). Todo derecho riguroso semejante al derecho de propiedad puede ejercitarse por medio de una *stricti juris actio*, ordinariamente llamada *condictio*; la cual se decide ante un *judex* tomado de la lista del album. Los derechos de cualquiera otra naturaleza engendran una *bonæ fidei actio* que se instruye ante uno ó muchos árbitros, elegidos por las partes. El *judex* no hace mas que reemplazar al pretor y debe atenerse estrictamente á sus instrucciones. El *arbiter*, encargado de interpretar los usos seguidos por las gentes honradas, juzga con más libertad,

---

(c) Apéndice XIII, núm. XVI.

y tambien el pretor se contenta con indicarle la marcha que ha de seguir.

Esta diferencia entre los poderes del *judex* y los del *arbiter* resulta de la misma diferencia de su posicion respecto á las partes y respecto al magistrado; todo lo cual descansa en la diferencia fundamental que existe entre ambas clases de actos jurídicos. Sería, pues, un error pensar que esta distincion se había establecido con el objeto de favorecer al demandante en una ó en otra clase de acciones, cada una de las cuales tenía para él sus ventajas y sus inconvenientes, que no deben ser considerados en manera alguna como fin de la institucion (*d*).

Existían tres clases de condiciones distintas por sus fórmulas y por algunas reglas prácticas importantes. La primera clase y la principal se componía de la *certi condictio* llamada tambien *si certum petetur*, y tenía por objeto una suma determinada de dinero (si paret centum dari oportere). El litigante de buena fé estaba protegido contra la deslealtad de su adversario por una *sponsio* y una *restitutio tertiæ partis*. La segunda clase tenía por objeto la trasmision de la propiedad de una cosa indeterminada, distinta que el dinero, (si paret homine Stichun dari oportere). Por último, la tercera clase se aplicaba á todas las prestaciones que no eran las dos precedentes y eran siempre indeterminadas, causa por la cual se la designaba con el nombre de *incerti condictio*, cuya fórmula era la siguiente: quidquid dari fieri oportet (*e*).

No existen semejantes distinciones respecto de las *actiones bonæ fidei*. Todas tenian por objeto obtener lo que en el caso dado un hombre discreto y de buena fé hubiera ejecutado voluntariamente. La generalidad de este fin se expresaba por la fórmula, quidquid dari fieri oportet *ex fide bona* (*f*).

§ CCXX. *Division de las acciones. Stricti juris (condictiones), bonæ fidei. (Continuacion.)*

Los autores modernos tienen sobre esta distincion de ac-

(*d*) Apéndice XIII, núm. II, III, IV.
(*e*) Apéndice XIV, núm. XXXII—XL.
(*f*) Apéndice XIII, núm. XIV.

ciones ideas que es preciso abandonar, unas por enteramente falsas y otras por injustificadas.

Considero enteramente falsa la opinion que estima las *stricti juris actiones* como una clase de acciones especialmente favorecidas, de igual manera que la letra de cambio se encuentra hoy protegida por vías de derecho más rigurosas y mas rapidez que los demas contratos. Las *stricti juris actiones* eran por el contrario, acciones verdaderas, acciones propiamente dichas. Las *bonæ fidei* eran acciones de otra especie, ménos apegadas al rigor del derecho; y si se quisiera hacer aquí una aplicacion de la idea de regla y de excepcion, podría decirse que las *condictiones* eran la regla, y las *bonæ fidei actiones* la excepcion *(a)*.

Considero como no justificada la opinion que atribuye un sentido cronológico á los principios y á las instituciones cuya genealogía he expuesto. Vista en su conjunto ofrecería esta doctrina los siguientes resultados. Al principio, y acaso durante un largo período de tiempo, no hubo otras acciones personales que las condictiones de la primera y de la segunda clase *(§ 219)*, destinadas á trasmitir la propiedad de una suma de dinero ó de una cosa determinada. Más tarde, se introdujeron las *incerti condictiones* aplicables á las cosas indeterminadas de diferentes géneros. Vinieron por último, las *bonæ fidei actiones*, que tenian analogía con las condictiones últimas, pero que permitían obrar con más libertad y tenian en su objeto mayor indeterminacion.

No se cita testimonio alguno para probar la realidad de este desenvolvimiento histórico, que se apoya únicamente en la induccion natural de que ha debido pasarse progresivamente del rigor á la libertad, de la determinacion á la indeterminacion. Por punto general, es muy peligroso aplicar á una indigacion histórica semejantes abstracciones. Faltan igualmente testimonios directos para combatir como para comprabar este desenvolvimiento histórico; pero implica esta teoría en el comienzo de la vida jurídica, un estado de cosas demasiado imperfecto, para que el espíritu práctico de los romanos hubiera podido contentarse con él, y además que se encuentra en contradiccion con los resultados que presentan varios hechos bien comprobados de la

---

(*a*) **Apéndice** XIII, num. XIII.

historia de los primeros tiempos. Estamos, pues, autorizados para abandonar esta hipótesis como enteramente falta de justificacion, y tambien como inverosimil á todas luces *(b)*.

Hé aquí, por el contrario, otra explicacion histórica no solamente probable, sino tambien cierta. El sistema de las tres clases de condictiones con sus diferentes fórmulas, completado por las *bonæ fidei actiones*, ha tenido una formacion simultánea y no sucesiva; así, desde el principio del procedimiento formulario, las *condictiones* creadas á imitacion de las antiguas *actiones legis* existieron tales como las encontramos en las fuentes del derecho. En el trascurso del tiempo, el principio que servía de base á la *bonæ fidei actio* obtuvo la preeminencia, y vemos una tendencia marcada á imprimir á las *condictiones* el carácter más libre de las *actiones bonæ fidei*, tendencia que favoreció el pretor de varias maneras. A este efecto, se empleaban medios y vías de derecho fundadas en la naturaleza misma de las *condictiones*, con lo cual se satisfacia una necesidad práctica, profundamente sentída, sin violar la analogía en la forma *(c)*. Esta tendencia parece haberse manifestado muy pronto; al ménos existía ya en tiempo de Ciceron, como lo prueba su predileccion por las *bonæ fidei actiones* consideradas bajo el punto de vista moral *(§ 218, c)*. Sin embargo, el primitivo sistema de acciones subsistió tan largo tiempo como la antigua organizacion judicial, y el empleo de un *judex* ó de un *arbiter* fué siempre el signo distintivo de las dos principales clases de acciones personales. Pero cuando desapareció esta distincion con la organizacion antigua judicial *(el ordo judiciorum)*, este sistema de acciones se encontró destruido en su parte más esencial. La predisposicion á tratar mas libremente las acciones se pronunciaba más cada dia; ya sólo quedaron algunas diferencias aisladas puramente prácticas, ocasionadas por la fuerza del antiguo procedimiento, y que continuaron subsistiendo únicamente porque nadie pensó en abolirlas.

Si hasta aquí no he aplicado el contraste de las acciones

(b) Apéndice XIII, núm. XIII; Ap. XIV, núm. XLVII.
(c) Apéndice XIII, num. XX.

libres y rigurosas más que á las civiles personales que resultan de actos jurídicos, es porque éstas constituyen realmente el centro del antiguo sistema de acciones (§ 218-219). Como este contraste tiene realmente mayor trascendencia, es preciso examinar sus relaciones con las otras clases de acciones.

Las acciones civiles nacidas de los delitos, eran evidentemente llevadas de igual manera que las condictiones ante un *judex*, y tratadas como acciones rigurosas. En efecto, cuando antiguamente un decreto del pueblo imponía una multa para castigar un delito, esta disposicion no hubiera tenido explicacion sin la persecucion ante un juez (*d*).

En cuanto á las *in rem actiones* civiles, el demandante podía escoger entre un *judex* ó un *arbiter*, es decir, interponer una accion rigurosa por medio de una *sponsio*, ó llevar ante un árbitro una *petitoria formula*, que era lo que se llamaba propiamente una *in rem actio* (*e*).

Por último, las acciones pretorianas *in rem* ó *in personam* resultantes de actos jurídicos ó de delitos, eran siempre libres, y por consiguiente, se instruían ante un *arbiter* (*f*).

Así, respecto á las demás acciones, se seguía la analogía, ya de las *condictiones*, ya de las *bonæ fidei actiones*, pero sin aplicarles nunca estas expresiones técnicas (*g*).

§ CCXXI. *Division de las acciones. Arbitrariæ actiones.*

Las Instituciones de Justiniano, despues de haber hablado minuciosamente del contraste de las *bonæ fidei* y *stricti juris actiones* (*a*), continúan en estos términos: «Præterea quasdam actiones arbitraria, id est ex arbitrio judicis pendentes, appellamus, in quibus, *nisi arbitrio judicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat*, veluti rem restituat, vel exhi-

---

(*d*) Apéndice XIII, núm. VIII.
(*e*) Apéndice XIII, núm. IX. Esta reduccion á una *sponsio* de la reclamacion de la propiedad, prueba claramente que el antiguo sistema de acciones tenía por base las acciones resultantes de los contratos.
(*f*) Apéndice XIII, núm. X.
(*g*) Apéndice XIII, núm. VI, apéndice XIV, núm. XX.
(*a*) § 28, 29, 30, J. de act. (IV, 6). Véase apéndice XIII, números I, VI, XII.

beat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat, *condemnari debeat.* Sed istæ actiones tam in rem, quam in personam inveniuntur (aquí se enumeran diversos ejemplos). In his enim actionibus et similibus permittitur judici ex bono et *æ quo*, secundum cujusque rei de qua actum est naturam, *æstimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat.*»

A primera vista parecen no ser estas acciones otra cosa que las *bonæ fidei actiones*, definidas poco ántes, puesto que el poder atribuido al juez se presenta como signo característico de las unas y de las otras, ¿cómo creer, sin embargo, que se haya reproducido bajo otro nombre la misma clase de acciones, sin señalar la identidad entre unas y otras? Hace tambien completamente inadmisible esta idea, la circunstancia de que los ejemplos aquí citados difieren esencialmente de los que con tanta minuciosidad se enumeran, respecto de las *bonæ fidei actiones.*

Han creido muchos resolver la dificultad, diciendo que la division general de las acciones tenía tres miembros: *stricti juris, bonæ fidei, arbitrariæ.* Pero, en primer lugar, hubiese sido mucho más sencillo colocar en el § 28 las acciones *arbitrariæ* como tercer miembro al lado de los otros dos; y en segundo lugar, no podría aparecer el contraste señalado entre los dos últimos miembros, puesto que ámbos tienen por carácter comun el poder concedido al juez. Quedará completamente refutada esta opinion cuando más adelante pruebe que muchas *bonæ fidei actiones* eran al mismo tiempo *arbitrariæ*; de donde resulta que estas dos calificaciones no son en manera alguna exclusivas la una de la otra.

En realidad, no existe ninguna dependencia entre las *arbitrariæ actiones*, y el contraste de las *stricti juris* y *bonæ fidei.* Esta expresion designa un carácter peculiar de ciertas acciones, entre las cuales algunas son *bonæ fidei* y otras no son ni *bonæ fidei* ni *stricti juris.* Hé aquí, ahora, lo que verdaderamente distingue á las *arbitrariæ actiones.* El *arbiter*, en lugar de dictar inmediatamente su fallo, indica al demandado en el caso en que reconociese su injusticia, el medio de satisfacer al demandante. Si el demandado se conforma con esta indicacion prévia, se sobresee en la demanda, en el caso contrario se procede al juicio. La parte esencial de esta explicacion, esto es, la advertencia prévia, se encuentra expresada en el texto de las intituciones por las palabras

impresas en caractéres latinos (*b*). Las consideraciones siguientes esclarecerán mejor el asunto en su unidad.

Esta institucion nos aparece desde luego, como una tentativa de conciliacion prescrita al *arbiter*, y despues como una simple forma de procedimiento; siendo á primera vista incomprensible la razon de haber tenido tanta importancia como para dar lugar á la formacion de una clase especial de acciones. Mas esta importancia se explica por la particularidad del antiguo procedimiento, de que el juez no podía nunca condenar más que al pago de una suma de dinero (§ 215, *r*). Así por una extravagancia asaz injusta, un demandado caprichoso podía forzar á su adversario á recibir una suma de dinero, en lugar del objeto que se litigaba (*c*). Para prevenir este deplorable resultado, el *arbiter* debía provocar ante todo, la restitucion voluntaria del objeto.

Si hubiese sido necesario confiar en la buena voluntad ó en la condescedencia del demandado, la institucion aparecerá desarmada en el caso mas importante, á saber: en el de una mala fé obstinada. Pero como el demandado que aguardase al juicio experimentaba un daño mas considerable que si se sometía á las previas indicaciones del *arbiter*, esta amenaza era ciertamente, un medio indirecto de coaccion muy eficaz (*d*). El perjuicio consistía, frecuente-

---

(*b*) Este judicis *arbitratus*, mencionado más ó ménos claramente en varios textos del Digesto, en ninguna parte lo está de una manera más precisa que en la L. 68 de R. V. (VI, 1), respecto á la cual he de volver más adelante. Para evitar que el demandado conservase indefinidamente la cosa, se fijaba un plazo para su restitucion. L. 6, § 2, de confess. (XLII, 2): «ex his actionibus ex quibus *dies datur ad restituendam rem*.» Por lo demás, como esta libre apreciacion del *arbiter* no debía degenerar en una vana formalidad, el *arbitratus* no tenía lugar, sin duda alguna, cuando se podia prever con certidumbre que no tendría resultado; como por ejemplo, cuando un demandado de mala fé había hecho imposible la restitucion destruyendo ó enajenando la cosa.

(*c*) No quiere esto decir que por medio de esta suma el demandado llegase á adquirir la cosa: no adquiria en realidad más que el derecho del condenado *qui dolo desiit possidere*. L. 69. 70, de R. V. (VI, 1). Pero si conservaba cuidadosamente la posesion, tenia el goce de la cosa, en perjuicio del propietario, que no podía volver á empezar los procedimientos, extinguido ya su derecho de accion.

(*d*) Segun la L. 68 de R. V. (VI, 1), se puede tambien emplear la coaccion directa *manu militari*. Esta es una interpolacion evidente, porque los demás textos del Digesto implican la imposibilidad de esta directa coaccion; como, por ejemplo: la L. 4, § 3. fin. reg. (X, 1), y la L. 73, de fidejuss. (XLVI, 1). El § 31, J. de act. (IV, 6) no admite tampoco una ejecucion sobre la cosa, y este texto parece tomado, sin modifica-

mente en que el *arbiter* condenaba al demandado á pagar una suma de dinero superior en mucho al valor de la cosa, puesto que para fijarlo tenía que deferir al juramento del demandante. *(e)* Existía además, un perjuicio de una naturaleza especial que acompañaba á ciertas acciones. Así el demandado condenado por consecuencia de la *actio quod metus causa*, pagaba cuatro veces el valor de la cosa, cuya simple prestacion le hubiese librado al principio (*f*). La condenacion que resultaba de la *doli actio* llevaba consigo la infamia.

El carácter especial de estas acciones se expresaba por las siguientes palabras insertas en la fórmula (nisi restituatur, nisi exhibeatur) las cuales restringian en su medida, la condena á que se referían *(g)*.

---

cion alguna, de un antiguo jurisconsulto. Por último, en la suposicion de una ejecucion real, no se concibe que haya habido nunca lugar al juramento *ob contumaciam* (nota *e*).

(*e*) L. 2, § 1 de in litem jur. (XII. 2): «cum vero dolus *aut contumacia nom restituentis vel nom exhibentis* (punitur), quanti in litem juraverit actor (æstimatur).» *Dolus* se refiere al caso en que el poseedor ha destruido ó enagenado la cosa; *contumacia* á la desobediencia que aquí se cuestiona. Ve L. 1 id., L. 18, pr. de dolo (IV, 3). De igual manera, en la L. 73, de fidej. (XLVI, 1): «noluit eam restitueret, et *ideo magno condemnatus est*.» La L. 68, de R. V. (nota *d*) no habla naturalmente más que del *dolus*, y no de la *contumacia*, puesto que la interpolacion de la *manus militaris* hace la resistencia imposible. Hé aquí, realmente, lo que constituye la relacion entre el juramento *in litem* y las acciones arbitrarias. Con arreglo á los textos citados, el juramento nos aparece aquí como un derecho regular del demandante, miéntras que en las acciones rigurosas no era más que un medio subsidiario en defecto de otras pruebas. L. 5, § 4, L. 6, de in litem jur. (XII, 3). Citaré, además, á este respecto, la C. 9, id., porque la *furti actio* es, tambien, una accion rigurosa, y la L. 8, § 1, de act. rer. amot. (XXV, 2), porque esta accion tiene el carácter de una *condictio*. L. 26, id.

(*f*) En esta accion no se admitía el juramento del demandante, la indemnizacion del cuádruplo la reemplazaba con ventaja. Tratándose de una *doli actio*, se admitía el juramento del demandante y el demandado incurría en infamia.

(*g*) Testimonios irrecusables nos muestran que estas expresiones no ocupaban siempre el mismo lugar en la fórmula. En la *petitoria formula* referida por Ciceron (§ 209, *c*), las palabras, neque is fundus Q. Catulo restituetur, forman parte de la *intentio*. Gayo, IV, § 47, al citar una *deposti formula in jus concepta* (215, *t*), coloca las palabras N. R. (nisi restituat) en la *condemnatio*. Con motivo de una *depositi formula in factum*, el mismo Gayo coloca en la *intentio* las palabras: Si paret... eamque... redditam non esse. Igualmente, en la *intentio* de una *actio quod metus causa* aparecen estas palabras: neque ea res arbitrio judicii restituetur. L. 14, § 11 quod metus (IV, 2).

§ CCXXII. *Division de las acciones. Arbitrariæ actiones.* (Continuacion).

¿Cuales son las acciones *arbitrariæ* cuyo carácter acabo de definir? Sin temor de equivocarse, puede darse á esta pregunta una respuesta general, que será confirmada en seguida por diversas aplicaciones á casos particulares.

La regla general es la siguiente: todas las acciones *arbitrariæ* eran acciones *libres* cuya naturaleza particular las hacía *susceptibles* de recibir la modificacion precedentemente descrita.

La primera parte de la regla excluye todas las condiciones y todas las acciones civiles resultantes de los delitos; así es que éstas no ofrecen ningun rasgo de semejante manera de proceder, la cual, por otra parte, hubiese sido incompatible con el papel asignado al juez en aquellas circunstancias. Esta misma parte de la regla abraza, por el contrario, á las *bonæ fidei*; las *in rem* y á todas las acciones pretorianas.

Más difícil es determinar lo que hacía á una accion *susceptible* de revestir esta forma particular, y la causa de que un gran número de acciones libres no pertenecian á la clase de las *arbitrariæ*. Aplicándose las expresiones *arbitrium* y *arbiter* á todas las acciones libres (§ 218), podría creerse que todas ellas, sin excepcion eran *arbitrariæ*. Sin embargo, se engañaría mucho quien esto creyese, porque el nombre de arbitraria formula no se deriva de la persona del arbiter sino de las palabras insertas en la fórmula *arbitratus* judicis, que designan la prevencion de que he hablado ántes (§ 221, *b*); de manera que toda *arbitraria actio* es un *arbitrium*; pero todo *arbitrium* no es una *arbitraria actio* (*a*).

Ahora bien, esta forma especial de procedimiento se aplica á todas las acciones libres que tienen por objeto la *restitucion* ó la *exhibicion* de una cosa: no es aplicable fue-

(*a*) Diversos pasajes de Gayo, en donde se dice unas veces *arbitrium* otras veces *arbitrariam formulam petere* (IV, 141, 163, 164, 165), podrian inducirnos á un error sobre la distincion dicha. En los casos de interdictos de que habla Gayo, el *arbitrium* era al mismo tiempo una *arbitraria formula*; pero la distincion existe igualmente respecto de muchas otras acciones.

ra de estos casos (*b*). Trátase, pues, de determinar su naturaleza. El caso más facil, más raro y ménos importante es el de la exhibicion. Por ella se entiende la presentacion ó produccion de una cosa determinada, de la cual, por consiguiente, no se pone en posesion al adversario, ó, lo que es lo mismo, que la prestacion dicha forma el principal objeto de la *actio* ad exhibendum (*c*).

Restituere tiene gran analogía con *recipere* que es la base y el motivo de las condictiones (*d*); y sin embargo, difieren ambos conceptos. En efecto, en materia de *condictiones* todo *recipere* supone que una persona se ha apoderado injustamente de nuestros bienes y que esta persona debe devolvérnoslos. *Restituere*, por el contrario, se aplica tambien al restablecimieoto de la simple posesion y aún de la mera detentacion, sin que se trate de poner remedio á una modificacion del estado de bienes, porque se supone que esta modificacion no ha existido. En tal concepto, por medio de la reivindicacion recobramos la posssion de la cosa; por medio de la *depositi actio* el hecho físico de poseer que nos faltaba; y el resultado de ambas acciones no cambia de modo alguno la extension de nuestros bienes (*e*). La frase *restituere* se aplica tambien al caso en que el damandante no reclama la detencion material de un objeto, sino el restablecimiento efectivo de un cierto estado de cosas, como sucede, por ejemplo, en el interdicto *quod vi* (§ 223, *n*).

Esta expresion se aplica sin excepcion alguna á las *in rem actiones* fundadas sobre derechos reales. En estos casos, en general, se verifica efectivamente la restitucion,

---

(*b*) Este principio se encuentra tambien atestiguado por la frase *contumacia non restituentis vel nom exhibentis*, como base y condicion del juramento *in litem* (§ 221, *e*). Se encuentra plenamente confirmado, si bien en su aplicacion especial á los interdictos, por Gayo, IV, § 163, 165. Se encuentra tambien confirmado, en cuanto á su parte esencial, y en su aplicacion á las acciones mas diversas, por la conclusion de la L. 68, de R. V. (VI, 1): «hæc sententia generalis est, et ad omnia, sive interdicta, sive actiones in rem, sive in personam sunt, ex *quibus arbitratu judicis quid restuitur*, locum habet,

(*c*) L. 2, ad exhib. (X, 4), L. 22, 246, pr. de V. S. (L. 16), L. 3, § 8. de tab. exhib. (XLIII, 5).

(*d*) Apéndice XIV núm. 20,

(*e*) Así la estipulacion rem meam mihi *restitui* era válida (L. 82, pr. § 1, de V. O. (XL, V, 1); por el contrario la estipulacion rem meam mihi *dari* era nula. Apéndice XIV, 5, *i*.

porque el propietario que reivindica una cosa la poseia anteriormente. Sin embargo, no siempre tiene esto lugar. Así el legatario que reclama su legado al heredero no ha tenido nunca la posesion de él; y otro tanto puede decirse de el acreedor que ejercita la *hypothecaria actio* en virtud de un simple contrato de prenda. Aquí la reunion de la posesion con el derecho real, es considerada como una restitucion, y hé aquí porque la *arbitraria formula* es siempre aplicable á estas acciones.

La expresion *restituere* como condicion de una *arbitraria formula* se emplea con una exacittud áun mas rigurosa en las acciones personales. La *actio commodati, depositi, pignoratitia,* tienen realmente por objeto la restitucion de una cosa al antiguo propietario, como tambien la *actio locati,* cuando el propietario quiere hacerse devolver la cosa arrendada. Si la *actio doli* y *quod metus causa* no tienden siempre á hacernos recobrar la posesion de una cosa determinada, han de tener necesariamente por objeto el restablecimiento de la integridad de nuestros bienes: por esta causa la *arbitraria formula* es siempre aplicable á estas diversas acciones personales. No se trata de una restitucion propiamente dicha *(f)* en las acciones que resultan en los contratos cuyo fin no es restablecer una situacion anterior, sino crear una nueva, tal como sucede en la *actio emti, venditi* y varias otras semejantes, por lo cual no se les aplica nunca la *arbitaria formula.*

La distincion rigurosa que acabo de exponer no está directamente reconocida en ningun lugar de las fuentes del derecho, ni con motivo de la expresion técnica *restituere,* que recibia diversas acepciones (nota *f*), ni tratándose de la

---

(f) No pretendo que los Romanos mismos hayan empleado con una exactitud rigurosa la expresion *restituere,* pues se la vé algunas veces aplicada á las prestaciones del comprador, del vendedor etc. en las cuales no hay nada de restitucion. L. 13, § 18, de act, emti (XIX, 1), L. 8, 12, C. id. (IV, 49), L. 14, § 9, de servo corr. (XI, 3), L. 8, § 10, mandati (XVII, 1). Cuando con motivo de un fideicomiso, se habla de la *restitutio hereditatis* ó *rerum singularum,* es mas exacta la expresion, porque en estos casos hay efectivamente una restitucion, no con relacion al llamado, sino con relacion al heredero, que restituye la sucesion ó la cosa determinada de que ha sido pasageramente detentador. La locucion es entonces regular y técnica. Ulpiano XX, § 5. Gayo, II, § 184, 250, 254, 260, y muchos otros textos.

arbitraria formula, respecto á la cual existe algun texto que la determina de una manera distinta á la que ántes he expuesto. Pero la realidad de la que he explicado no es dudosa, porque sirve de regla para la admision del *jusjuramdum in litem* (*g*), y, además, el lazo de dependencia que existe entre este juramento y la arbitraria fórmula es tambien incuestionable (*h*).

§ CCXXIII. *Division de las acciones. Arbitrariæ actiones.* (Continuacion).

Despues de haber asentado la regla que determina la aplicacion de una *arbitraria formula*, réstame enumerar las diversas acciones á las cuales se da expresamente este nombre en las fuentes del derecho.

El texto de las Instituciones ya citado (§ 221) ofrece los siguientes ejemplos, muchos de los cuales se encuentran confirmados en el Digesto. In rem: la Publiciana, Serviana, quasi Serviana (*a*). In personam: quod metus causa (*b*), doli (*c*), de eo quod certo loco (*d*), ad exhibendum (*e*). Todas estas acciones son pretorianas.

Con arreglo á otros testimonios, podemos añadir á esta lista de las acciones arbitrariæ:

1. La rei vindicatio, es decir; la petitoria formula (*f*) que podía preferir el demandante, en vez de obrar *per sponsionem*. Es extraño, ciertamente, que no se cite como ejemplo

(*g*) Es admitido el juramento en las acciones depositi commodati, locati, tutela, dotis, doli, metus, interd. de vi. L. 3 de in lit. jur. (XII, 3). § 2, commod. (XII, 63, L. 48. § 1. loc. (XIX. 2), L. 7, pr. de admin. (XXVI 7), L. 25, § 1, sol. matr. (XXIV. 3), L. 18, pr. de dolo (IV, 3) L. 9, C. unde vi (VIII, 4,) No se admite el juramento en la actio emti venditi. L. 4 C. de act. emt. (IV, 49), L. 19, de peric. (XVIII, 6), ni en la actio depositi contraria. L. 5, pr. depos. (XVI, 3).

(*h*) V. § 221, *e*. Si la prestacion del vendedor era una restitucion verdadera y propiamente dicha, se tendria contra él el juramento *in litem*, con arreglo á la decision formal de la L. 68, de R. V. (§ 222, *b*); pero ciertamente no se tenía este derecho (nota *g*).

(*a*) V. L. 16, § 3, L. 21, § 3, de pign. (XX, 1).

(*b*) L. 14, § 4, 11, quod metus (IV, 2).

(*c*) L. 18, pr. § 1, de dolo (IV. 3).

(*d*) L. 2. pr. L. 3. 4. de eo quod certo loco (XIII, 4).

(*e*) V. § 221, *e*, § 222, b.—L. 3. §, 2. ad exhib. (X, 4).

(*f*) Cicero, in Verrem, II, L. 68, L. 35, § 1. de R. V. (VI, 1) L. 41, § 1 de re jud. (XLII, 1).

en las Instituciones esta accion, que sirve de base á varias otras. Acaso se halla omitido porque el antiguo jurisconsulto á quien pertenece este texto le daba la denominacion de *petitoria formula*, denominacion que habia caido en desuso y se quería evitar.

2). Hereditatis petitio (*g*).

3). Confessoria actio *(h)*.

4). Finium regundorum (*i*).

5). Faviana *(k)*.

6). Depositi actio (*l*).

7). Redhibitoria actio (*m*).

8). Los interdictos que tienden á una restitucion ó á una exhibicion, siempre que el demandante hubiese elegido esta forma de procedimiento, y hubiese dirigido la demanda al pretor en tiempo útil (*n*).

Casi todas estas acciones tienen por objeto una restitucion ó una exhibicion, de modo que confirman la regla asentada más arriba. Una solamente puede suscitar alguna duda y precisamente es la que las fuentes del derecho designan con más frecuencia y en términos muy explícitos como arbitraria; me refiero á la *actio* de *eo quod certo loco* (nota *d)* que es una accion pretoriana (*o*). Esta accion no tiene por

---

(*g*) L. 10, § 1. L. 57, de her. pet. (V, 3).

(*h*) L. 7, si serv. (VIII, 5).

(*i*) L. 4, § 3, fin reg. (X, 1), § 6, J. de off. jud. (IV, 17).

(*k*) L. 5, § 1, si quid in fraud. patr. (XXXVIII, 5).

(*l*) V. 216. Esto parece estar en contradiccion con la L. 7. pr. de eo quod certo loco (XIII, 4): In bonæ fidei judicis ex emto: vel vendito, *vel depositi* actio competit, *non arbitraria actio*. Pero estas últimas palabras no se oponen á una *arbitraria actio* en general, pues esto sería negar el nombre y el carácter de la *depossiti actio*; únicamente se oponen á una *arbitraria actio* determinada, á saber: la de la actio de eo quod certo loco, especialmente introducida por el pretor.

(*m*) L. 45. de ædil. ed. (XXI, 1).

(*n*) Gayo IV, § 141, 163, 164, 165. No debe clasificarse entre las acciones arbitrarias la *actio adv. publicanos*, porque si bien la restitucion libertaba de la *pœna dupli* (L. 1. pr. de public. XXXIX, 4), el edicto la consideraba como una restitucion *ante* judicium aceptum (L. 5. pr. id), y por consiguiente, no podía haber lugar á un *arbitrium* antes del juicio.

(*o*) L. de eo quod certo loco (XIII, 4): ideo visum est, *utilem actionem*, in eam rem comparare. Heffter, Observ. in Gajum. lib. 1, P. 83, interpreta el texto como refiriéndose á una *utilis actio* propiamente dicha, ó en otros términos, como una accion ficticia, lo cual no se desprende necesariamente del citado texto. Podía ser simplemente in factum

objeto una restitucion ni una exhibicion, sino la ejecucion de una estipulacion en un lugar distinto del que fué designado en el contrato. El medio de librarse de esta accion, indicado por el arbiter al demandado, consiste en prestar una caucion como garantía contra la ejecucion literal de la estipulacion *(p)*; el perjuicio que entraña la falta de ejecucion de este medio consiste en los daños é intereses algunas veces muy elevados y áun indirectos que puede fijar la sentencia *(q)*. Aquí, pues, vemos una forma de procedimiento establecida con un objeto muy diferente al mencionado, esto es, con el de combatir eficazmente la mala fé de un deudor que busca en la letra del derecho el medio de faltar á sus compromisos.

Volviendo á nuestro texto de las Instituciones, el único que trata especialmente de la naturaleza de las acciones arbitrarias (§ 221), tendremos todavía que explicar las palabras nisi... satisfaciat, *veluti rem restituat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat*. Las dos primeras oraciones confirman directamente la doctrina expuesta. La voz *solvat* no debe ser tomada en toda su generalidad, ni aplicarse, en tal sentido, al pago de un comprador, etc. Es preciso referirla á la *actio de eo quod certo loco*; despues á los casos de una *actio commodati*, etc,, donde la restitucion material es imposible, porque la negligencia del demandado ha dado ocasion al robo ó al perjuicio de la cosa; tambien hay que referirla á la *hypothecaria actio* que el demandado puede eludir, no sólo por la restitucion de la cosa, sino tambien por el pago de la deuda *(r)*. Por último, la *noxali causa* se refiere á la *actio doli* ó *quod metus causa* resultante del hecho de un esclavo, en vista de que el dueño demandado, en vez de reparar el daño, puede librarse de la reclamacion por la simple *noxœ datio* *(s)*.

---

concepta, y ser llamada *utilis*, á causa de la extension dada á la accion originaria.

(p) L. 4, § 1, de eo quod certo loco (XIII, 4).
(q) L. 2. 8, de eo quod certo loco (XIII, 4).
(r) L. 16, § 3, de pign. (XX, 1).
(s) La *causa noxalis*, á que en el texto me refiero, debe, pues, entenderse de una accion ya *arbitraria* en sí, que en un caso particular, se ejercita como *noxalis*. La posibilidad de la *noxœ datio* no convertía en arbitraria toda accion noxalis; así, por ejemplo, la *actio furti noxalis* es un *judicium*, y precisamente por esto no es arbitraria (§ 222).

Para terminar, si confrontamos las acciones arbitrarias con el cuadro general de las acciones expuesto más arriba (§ 218), tendremos los resultados siguientes:

Las condictiones y las acciones civiles fundadas en los delitos, no son nunca arbitrarias, porque conservan siempre el carácter de acciones rigurosas.

Todas las *in rem actiones* civiles que tienen por objeto una restitucion, son arbitrarias (*t*).

Las *bonæ fidei actiones* y todas las pretorianas, son arbitrarias, cuando tienen por objeto una restitucion ó una exhibicion, de modo que, respecto de ellas, el carácter de arbitrariedad depende del contenido particular de cada una. Hasta ahora se ha puesto en duda con frecuencia que las *bonæ fidei actiones* pudiesen revestir este carácter; pero tenemos la prueba directa de la afirmativa en los testimonios relativos á la *hereditatis petitio* y á la *depositi atio:* ámbas eran *bonæ fidei actiones*, y ámbas eran, al mismo tiempo, *arbitrariæ* (notas *g*, *l*).

Las sectas de los antiguos jurisconsultos estaban divididas respecto á la cuestion de saber si en todas las acciones, podía el demandado, áun despues de la *litis contestatio*, librarse de la demanda por la ejecucion voluntaria. Los Sabinianos sostenían la afirmativa, expresándola por la regla omnia judicia esse absolutoria. Los Proculeyanos sólo admitían este principio respecto de ciertas acciones; probablemente las que he designado como libres. Justiniano adoptó la doctrina de los Sabinianos (*u*). No debe creerse por esto que en opinion de los Sabinianos todas las acciones fuesen arbitrarias, puesto que tambien reconocian que el signo característico de éstas consistía en una prestacion determinada, impuesta al demandado por el *arbiter*, con la amenaza, en caso de desobediencia, de proceder al juicio. Por lo demás, cualquiera que fuese la naturaleza de la accion, es cla-

---

(*t*) Tales son la *rei vindicatio*, la *hereditatis petitio*, la *confessoria*. Como, por el contrario, el *liberale judicium* no podía nunca dar lugar á una restitucion, no podía ser arbitraria.

(*u*) Gayo, IV, § 114 (del cual sólo tenemos una parte), § 2, J. de perpetuis (IV, 42). Se encuentran rasgos de la doctrina de los proculeyanos en la L. 84, de V. O. (XLV, 1), que únicamente por inadvertencia, se ha insertado en el Digesto. La L. 5, pr. de publicanis (XXXIX, 4), se explica igualmente por esta controversia entre ambas sectas de jurisconsultos; se sabe que Gayo era Sabiniano.

ro que el demandado podía siempre evitar el juicio por medio de la ejecucion voluntaria; pero este caso debió acontecer rara vez, pues el demandado podía siempre confiar en la esperanza de ser absuelto de la demanda, miéntras que si la accion era arbitraria, la no ejecucion de la prestacion entrañaba inevitablemente la condena de antemano pronunciada por el *arbiter*.

§ CCXXIV. *Division de las acciones. Aplicacion al derecho actual.*

Las diferentes clases de acciones que acabo de exponer, ofrecen contrastes de diferente naturaleza (§ 206); unas se refieren inmediatamente á las relaciones de derecho que les sirven de base, por lo cual no son de grande auxilio para estudiar estas misma relaciones en su esencia, y han conservado, por tanto, todo su interés en el derecho actual (§ 206-212); otras tienen un carácter puramente histórico. Extrañas las últimas al derecho moderno, no sólo figuran en él como nomenclatura, y no ofrecen el mismo interés práctico (§ 213-217). Otras, por último, y precisamente las más difíciles, tienen una base puramente histórica, que, si bien perdida en gran parte por el tiempo, determina en las fuentes del derecho moderno consecuencias prácticas, al ménos nominales, de gran importancia. Estas son las *actiones stricti juris (condictiones)*, *bonæ fidei*, *arbitrariæ* (§ 218-223). Inquirir su significacion en el derecho actual, es el objeto de la presente indagacion.

Comienzo por las *condictiones* y las *actiones bonæ fidei*. La base enteramente histórica de este contraste, no existía ya en el derecho justinianeo. Todos los juicios se sustanciaban desde hacía largo tiempo ante funcionarios públicos; no había ya, por consiguiente, distincion que hacer entre los poderes del *judex* y los de el *arbiter*, ni respecto á la *formula*, cuya redaccion podía variar. Pero á este contraste histórico, á esta forma caida en desuso, se referían distinciones enteramente prácticas, conservadas en gran parte por el derecho de Justiniano. Es verdad que no encontramos en él uno de los rasgos esenciales de las condictiones, la *sponsio tertiæ partis* de la *certi condictio*; pero encontramos en él otros no ménos esenciales. Justiniano no podía considerar como abo-

lido el principio fundamental de las *bonæ fidei actiones*, puesto que él mismo cree necesario atribuir expresamente este carácter á varias acciones, tales como la *hereditatis petitio* y la *actio ex stipulatu*, sustituida por él á la antigua *rei uxoriæ actio* (apéndice XI, núm. IX, XII).

Paso al exámen de la situacion actual del derecho. Esta distincion debe tener respecto á él, en todos los casos, una aplicacion mucho más restringida, puesto que muchas de las materias que formaban su objeto no existen actualmente. La *expensilatio* había caido en desuso largo tiempo antes de Justiniano, y hoy no reconocemos la estipulacion como base de las *stricti juris actiones*. De aquí resultará que esta distincisn práctica se ha restringido, pero que no ha quedado abolida.

En mi sentir, ninguna distincion, ni áun las establecidas por el derecho justinianeo existe hoy y, siempre que el derecho romano establece una diferencia entre las acciones rigurosas y las libres, debemos aplicar exclusivamente el principio de las últimas, es decir, el de las *bonæ fidei actiones*. Voy ahora á justificar esta innovacion importante introducida por el derecho consuetudinario general.

A la verdad, no se vé en el derecho existente ningun pensamiento nuevo extraño al derecho romano, sino el último término de una tendencia manifestada ya en el antiguo derecho y fuertemente pronunciada en la legislacion justinianea. Tratóse por diferentes medios de dar más latitud al principio de las ácciones libres (*a*); la compensacion restringida en su orígen á las *bonæ fidei actiones*, extendida luego á las condictiones, despues á todas las acciones en general, no es más que una aplicacion particular de este desenvolvimiento jurídico (*b*). El antiguo sistema de las acciones no encontró apoyo sólido más que en el uso muy extendido de la estipulacion, visible todavía en el derecho de Justiniano. Una vez abandonada ésta, no había motivo para la conservacion del sistema; y los rasgos aislados de la antigua distincion que se encuentra en las fuentes del derecho son disposiciones arbitrarias é inconsecuentes.

Para probar el hecho de esta modificacion no hay más

(*a*) V. § 220 y Apéndice XIII, núm. XX.
(*b*) Apéndice XIII, núm. IV.

que inquirir las convicciones de todos aquellos que conocen el derecho, no en teoría, sino por la práctica de los negocios. Sería dificil el hacerlos comprender que una deuda resultante de un préstamo ó de un pago hecho por error tiene una naturaleza del todo diferente que la deuda que resulta de una venta ó de un contrato de arrendamiento; para que comprendiesen esta distincion, sería preciso hacerles seguir un curso de derecho romano. Esta verdad resultará más evidente si hacemos una comparacion con el acto jurídico moderno que tiene la naturaleza de un contrato de *stricti juris* entre los romanos; me refiero á la letra de cambio: todos saben que semejante deuda tiene un carácter y efectos muy diferentes á los de todos los contratos mencionados más arriba, miéntras que entre todos ellos, no se vé ninguna diferencia. Nótese además esta observacion importante: para que subsista una regla de derecho, la primera condicion es que sea conocida; ahora bien, la distincion de las *stricti juris* y *bonæ fidei actiones* era una materia muy oscura que sólo ha podido exclarecerse por el descubrimiento puramente accidental y muy reciente de las Instituciones de Gayo.

Una ley del Imperio nos suministra una prueba incontrovertible de la modificacion jurídica. La distincion práctica más precisa entre las dos especies de acciones que podría considerarse hoy como subsistente, es la relativa á los intereses moratorios no exigíbles en el caso de un préstamo ó de la *condictio indebiti*, pero exigibles en virtud de la *actio venditi*, *locati*, (c). Ahora bien, el decreto imperial del año 1600 prescribe en el § 139 que con arreglo á una presuncion general, todo acreedor de una suma prestada tiene el derecho á exigir el cinco por ciento de intereses, á ménos de probar que el uso del país fija un interés más elevado. Sería gran error creer que esta ley ha venido á abolir la regla contraria del derecho romano hasta entónces en vigor. Esta ley implica tácitamente que en el derecho actual todos los contratos son *bonæ fidei* y no hace más que facilitar, por medío de una presuncion general, la prueba de los usos locales. Rehusar los interéses á la *condictio indebiti*, aplicar al préstamo ó á dicha *condictio* una regla cualquie-

(c) Apéndice XIII, núm. III.

ra del derecho romano peculiar de las *strictis juris actiones*, sería establecer distinciones puramente arbitrarias.

Por esta razon, la mayor parte de los autores modernos están de acuerdo para reconocer la modificacion referida (*d*). Aunque los motivos expuestos por varios de ellos no sean en manera alguna satisfactorios (*e*), su testimonio no es ménos decisivo en cuanto á el hecho del cambio en sí mismo y en cuanto á la jurisprudencia conforme de los tribunales. El disentimiento parcial de algunos de dichos autores descansa en errores manifiestos á los que ellos mismos no darían, ciertamente, la generalidad que podría atribuírseles (*f*).

No debo olvidarme de mencionar aquí una aplicacion particular de la distincion antigua. Un rescripto de Caralla establece que la *condictio indebiti* da derecho al pago de la suma y nunca á los intereses (*g*), á causa evidentemente de la naturaleza rigurosa de las condictiones y de su oposicion con las *actiones bonæ fidei* que dan derecho á los intereses *desde el momento de la mora*. Pero que *anteriormente á ella*, desde la época en que la suma ha sido pagada, no se deban interéses, es una cosa tan sencilla, que se comprende por si misma. Los autores modernos están en des-

---

(*d*) Höpfner, Commentar.. § 1135. Glück, t. IV, § 310. Thibaut, § 71 8.ª. ed. Müchlenbruch, t. II, § 329, y los antiguos autores citados por estos.

(*e*) Höpfner, y Glück (nota *d*) pretenden que la distincion descansa en los contratos por fórmulas, hoy abolidos, y sientan así el principio absolutamente falso, de que los romanos sólo tenian la *stricti juris actio* para la estipulacion. Pero el préstamo y el *indebitum solutum* no son contratos formularios, son hoy todavía de una aplicacion diaria, y engendraban entre los romanos *stricti juris actiones*, de igual manera que la estipulacion. La abolicion de las *stricti juris actiones* no se explica, pues, de modo alguno, por la desaparicion de los únicos casos á los que estas acciones se aplicaban entre los romanos.

(*f*) Schröter, en Linde's Zeitschrift. T. VIII, P. 389, 392, pretende que la antigua distincion subsiste siempre para el juramento *in litem*. El lado verdadero de esta opinion, es decir, la inadmisibilidad del juramento en gran número de casos no se refiere á su naturaleza de *stricti juris*, sino á la ausencia de otras condiciones requeridas para que el juramento sea admisible. V. § 221, 222. Liebe, Stipulation, p. 93, cree que la simple promesa del derecho actual (*nudum pactum*), es hoy todavía *stricti juris*, por que de igual manera que la estipulacion romana tiene una validez puramente de forma por oposicion á los contratos reales. No es esto lo que es preciso buscar en la explicacion de la naturaleza del *stricti juris* con respecto á la estipulacion.

(*g*) L. I, C. de cond. indeb. (IV, 5).

acuerdo sobre la cuestion de saber si esta disposicion del derecho romano es aplicable hoy todavía. Muchos sostienen la afirmativa, pero exceptuando la *mora* (*h*), lo cual equivale precisamente á la negativa, pues la disposicion nada tiene de especial, sino respecto de la mora. Ideas tan confusas no han podido engendrar una práctica uniforme, y aun que existiera esta deberíamos rechazar su autoridad, puesto que tendría por base, no el reconocimiento de una necesidad nueva, sino ideas científicas completamente erróneas (§ 20).

Resulta de ésta indagacion que la distincion de las *condictiones* y de las *bonæ fidei actiones* ha perdido todo interés práctico, y sólo tiene importancia para la historia del derecho y como nomenclatura para la inteligencia de las fuentes. Este punto de vista es el que nos lleva á inquirir en qué casos hay lugar á ejercitar una condictio ú otra accion, de igual manera que cuando tratamos de determinar el nombre individual de la accion aplicable á un caso dado.

Despues de haber reconocido que esta division de las acciones ha perdido para nosotros su significacion práctica, preciso es indagar si el derecho actual ha experimentado con ello una pérdida esencial, de la que necesita reponerse. Los que admitiesen la explicacion racional que he tratado de dar ántes (§ 219) de esta division, pudieran ser inducidos á creerlo. Es evidente que mi objeto entónces, mas bien que probar la utilidad ó la necesidad de esta division, era mostrar el orígen y la aplicacion de las ideas adoptadas por los romanos en esta materia. Para ellos, las obligaciones, aparecen como formando dos grandes familias; pensamiento á que conceden una gran importancia práctica, por medio de la institucion de dos clases de jueces, provistos de atribuciones diferentes; le dan tambien individualidad y estabilidad por medio de la creacion de fórmulas de acciones, rigurosamente determinadas *(i)*. Esta organizacion subsiste durante varios siglos, inmutable en sus partes esenciales, poco á poco modificada por necesidades nuevas. Pero el

---

(*h*) Glück, t. XIII, § 835.

(*i*) Se tocaba en un estremo, el de la incorporacion individual, que en la práctica podía ofrecer algunos inconvenientes. El otro extremo, mucho más peligroso, es el consagrado por la ordenanza general sobre los tribunales prusianos. V. más adelante, nota *n*.

principio riguroso de la distincion de las obligaciones se debilitaba con el tiempo; aquéllas que antiguamente parecían de diferente naturaleza fueron clasificadas en una sola é idéntica categoría *(k)*. La modificacion radical introducida en la organizacion judicial, concentrando todas las funciones del juez en manos del magistrado, arrebató á esta institucion todo valor práctico; y lo que vemos en la legislacion justinianea no es más que la sombra de su grandeza y de su sencillez primitiva. Esta sombra misma no existe ya en el derecho moderno, y vanamente se trataría de resucitar una letra muerta. No se puede, por tanto, decir, en el sentido ordinario de la palabra, que hayamos perdido nada digno de conservarse y que sea útil restablecer. Pero aquí volvemos á encontrarnos con lo que hemos tenido más de una vez ocasion de admirar: la habilidad de los Romanos para imprimir un carácter de individualidad y una duracion casi imperecedera á las materias, tan variadas del derecho suministradas por la vida real. Esto es lo que debemos estudiar, si la rutina de los negocios no nos ha quitado la aptitud para ello; para apreciar la necesidad de este estudio basta dirigir una ojeada sobre la legislacion y la práctica modernas.

Las *arbitrariæ actiones* nos ofrecen el mismo resultado. Su principal ventaja, la de una coaccion indirecta para obtener la restitucion natural (§ 221), no existía ya en tiempo de Justiniano, en vista de que podía obtenerse esta restitucion por vía de ejecucion directa. La ejecucion voluntaria, como medio de evitar el perjuicio mas considerable de una condenacion, podría concebirse hoy todavía; pero este preliminar es ciertamente del todo estraño á nuestro procedimiento actual. Acaso, áun en tiempo de Justiniano estuviese ya abandonada, y el § 31, J. de act., donde se encuentra mencionado, no sea más que un texto de un antiguo jurisconsulto, transcrito por inadvertencia. Del antiguo derecho relativo á las *arbitrariæ actiones* no queda más que el juramento *in litem*, como privilegio especial del demandado;

(*k*) Varias notables analogías hacen resaltar esta tendencia. Así el *in bonis* había llegado á ser una segunda clase de *dominium*; la *bonorum possessio* una segunda especie de *hereditas*; y en su origen no eran más que espedientes imaginados para suplir en la práctica la insuficiencia de las antiguas Instituciones.

pero este juramento, negado otras veces, cuando la accion era *stricti juris* (§ 222), debe ser hoy concedido siempre que se trate de obtener una restitucion, porque en nuestro derecho no existen acciones rigurosas. Así, cuando se ha entregado una cosa que no es dinero, sin ser debida, hay lugar á deferir al juramento *in litem* del propietario que la reclama. Mas sería gran error designar como *arbitrariæ* las acciones en que es admisible este juramento.

Acaso se me censure por haber tratado tan largamente de una materia que reconozco, con la mayor parte de los autores, haber perdido su aplicacion al derecho actual. Pero este acuerdo de los autores no nos asegura contra la deplorable influencia de las falsas doctrinas adoptadas en esta materia. Basta observar cúan inexacta y confusa es la exposicion de Höpfner *(l)* para convencerse de que los errores prácticos más graves pueden crecer y prosperar sobre cualquier terreno; errores que no pueden arribuirse á falta de habilidad en el autor, el cual por el contrario, se distingue por la claridad de las ideas y la maestría de la exposicion. Glück, áun reconociendo que esta materia ha perdido su aplicacion, trata seriamente de la *condictio triticaria*, como de una institucion vigente todavía, cuyos efectos y condiciones determina minuciosamente *(m)*; y sin duda hubiese concedido el mismo honor á la *certi* y á la *incerti condictio*, si su nombre hubiese aparecido por casualidad nscrito á la cabeza de un título del Digesto. Gansa firma que no se puede exponer de una manera satisfactoria el derecho actual de las obligaciones, sin darle por base el sistema de las acciones romanas, é insiste mucho en esta necesidad (*n*). Por último, los ejemplos particulares citados ántes (nota *f*), nos muestran que la doctrina adoptada por la mayoría de los autores no se encuentra ni con mucho al abrigo de nuevos ataques; y que se continuará sosteniendo, en tanto que una indagacion completa y profunda no haya reunido y fijado las opiniones, que en el antiguo sistema de

---

(l) Höpfner, Commentar., § 1123-1134.
(m) Glück XIII, páginas 813, 844, y principalmente pág. 298.
(n) Gans, Obligationnerecht, páginas 7, 9, 42, 13,—Despues ha cambiado de opinion sobre este punto; System des Römischen Civilrechts im Grundisse, 1827, pág. 226.

las acciones subsiste todavía. ¿Habré conseguido el objeto de uniformar esta materia? Punto es este muy cuestionable; pero creo al ménos haber justificado la discusion.

Debemos ahora avanzar un paso más todavía, y asignar al presente estudio un cierto valor, no sólo para la teoría del derecho, sino para su aplicacion á la vida real. El estudio de las condictiones y de otras clases de acciones se liga con la determinacion y la caracterizacion de cada accion particular, á las cuales estas clasificaciones sirven de base. Esto nos lleva á la afirmacion, hoy tan extendida, de que en el procedimiento actual la omision ó la designacion falsa del nombre de la accion, es punto del todo indiferente, una vez que los actos y las alegaciones de las partes no ofrecen ninguna duda sobre la naturaleza misma de la accion *(o)*. Semejante principio, que es verdadero sin restriccion alguna en el derecho actual, lo era tambien con ciertos límites en el antiguo derecho romano. En el procedimiento formulario no se nombraba la accion, se daba solamente una fórmula *(p)*; y esto era tan cierto que frecuentemente la fórmula no contenía el nombre individual de la accion *(q)*. Despues de la abolicion de los *ordinaria judicia*, claro es que no se trataba de fórmulas, y el juez llamado á decidir se encontraba en una posicion muy diferente. Si se contentaba con inquirir, sin particularidad alguna, cual de las dos partes tenía ó no razon, corría riesgo de perderse en la indeterminacion y la vaguedad. Si quería individualizar las pretensiones opuestas, la nomenclatura romana de las acciones le era indispensable, porque esta nomenclatura es al sistema práctico del derecho casi como la gramática es á la lengua. Los que conocen la práctica de los negocios saben por experiencia cuanta precision y certidumbre de apreciacion en las relaciones jurídicas proporciona esta nomencla-

---

(o) Cocceji, jus controv., II, 13. qu. 3. Weber, Beiträge, p. 6. Varios tribunales han exagerado de tal manera esta doctrina, que segun ellos, el juez debería garantizar á las partes las ventajas que resultasen de los hechos fijados, áun contra la voluntad, es decir contra la peticion de las partes. Cannegiesser, Dec., Hasse-Cassel. t. I, páginas 307, 507, 572. Gönner, Handbuch, t. I, núm. X, § 11 censura con razon esta doctrina.

(p) En la fórmula: si paret, fundum Agerii esse, la *rei vindicatio* no aparece nombrada, como tampoco la *condictio* en la fórmula: si paret centum dari oportere. Eran estas simples designaciones teóricas.

(q) Apéndice XIV, núm. XXXII-XXXIII.

tura *(r)*. Varios autores modernos han reconocido esta verdad *(s)*; otros, por el contrario, al declarar indiferente la nomenclatura nos dispensan de indagaciones históricas; pero nos arrebatan los frutos verdaderamente preciosos que nos ofrece para la práctica del derecho.

Para probar que el nombre de las acciones no tiene ningun interés práctico, se cita, sin necesidad alguna, un texto del derecho canónico, donde esta regla se declara, pero en términos que prueban que su autor no había parado mientes en la distincion que he indicado, y por tanto, debía favorecer el error contra el cual he insistido (*t*). Otro tanto he de decir sobre la ley prusiana respecto al procedimiento, la cual advierte que no hay que atenerse muy escrupulosamente á la nomenclatura del derecho romano (*u*); la advertencia no pudo por ménos que ser seguida, puesto que el Código civil publicado en la misma época no admite esta nomenclatura. Las deplorables consecuencias de dicha modificacion se han dejado sentir despues en la práctica.

§ CCXXV. *Medios de defensa del demandado. Introduccion. Duplex actio.*

Se ha visto de qué manera la violacion de un derecho engendra un derecho de accion y las instituciones á que esta

---

(r) V. t. I, § 20.

(s) Cocceji, jus controv., II, 13, qu. 3: «Obj. 2: Quod actionum nomina frusta essent inventa. Resp. *Imo manet eorum usus ab rite discernenda negotia.*»

(*t*) C, 6, X, de jud (II, 1). «Provideatis attentius, ne ita subtiliter, sicut á multis fieri solet, *cujusmodi actio intentetur, inquiratis*, sed simpliciter et pure factum ipsum et rei veritatem..... investigare curetis.» Aquí se advierte al juez que no trate de fundar su decision en una indagacion teórica. Semejante indagacion puede conciliarse perfectamente con el exámen atento de los hechos, que se le recomienda despues con gran oportunidad.

(*u*) Ordenanza general para los tribunales, Th. I, Tit. V, § 29: «No debeis dejaros ligar estrechamente por los *genera* et *formulas actionum* tomadas del antiguo derecho romano y fijadas por los comentaristas; en este sentido no debeis rechazar un hecho alegado ni dispensaros de examinarlo, porque parezca que no está comprendido en tal ó cual especie de acciones.» Importa poco que el hecho se comprenda en *tal ó cual* especie de acciones: pero si no está comprendido en ninguna, la prueba que del citado hecho se aduzca no constituye ningun derecho verdadero, por más que el juez, por un sentimiento confuso de equidad, pueda ser inducido á decidir de otro modo.

modificacion sirve de base. Pero como en la vida real todo derecho de accion nos aparece como la afirmacion de un individuo, y esta afirmacion puede ser verdadera ó falsa, frente á la accion se presenta la defensa, produciéndose un contraste que es susceptible de ulterior desenvolvimiento.

Esta relacion conserva ordinariamente su simplicidad, y lo frecuente es que el demandante y demandado sostengan cada uno su posicion durante todo el curso del procedimiento. Existe, sin embargo, un pequeño número de casos excepcionales en que cada una de las partes reune ámbas cualidades, de manera que, obrando uno como demandante, pueda ser condenado como demandado. Estas acciones se llaman *duplices actiones, duplicia judicia,* y cuando se trata de interdictos, *duplicia interdicta* (*a*); vemos tambien una vez ser nombradas *mixtæ actiones (b).* Hé aquí los casos designados nominalmente como tales en las fuentes del derecho. Primeramente las acciones llamadas de particion: *communi dividundo*, *familiæ herciscundæ*, *finium regundorum (c).* En segundo lugar, los dos *interdicta retinendæ possessionis, uti possidetis* y *utrubi (d).* En todas estas acciones cada una de las partes puede ser condenada, en lo cual se distinguen de los casos ordinarios, en los cuales no puede serlo más que el demandado, y el demandante sólo se expone á que sea rechazada su demanda. Pero, áun en estas acciones excepcionales, importa distinguir el demandante del demandado, principalmente cuando se trata de suministrar una prueba: se considera entónces como demandante al que se presenta primero ante el juez, y si ámbos lo hacen al mismo tiempo, la suerte decide la cuestion *(e).*

(*a*) Savigny, Recht des Besitzes, § 37. La frase *duplex* tiene además un sentido del todo diferente, el de un interdicto ya *adipiscendæ*, ya *recuperandæ possessionis.* Ulpiano fragm. de interdictis, L. 2, § 3, de interdictis (XLIII, 1). Savigny. pág. 481, sexta edicion.

(*b*) L. 37, § 1, de O. et A. (XLIV, 7).

(*c*) L. 2, § 1, comm. div. (X, 3), L. 2. § 3, L. 44, § 4, fam. her. (X, 2), L. 10, fin. reg. (X, 1), L. 37. § 1. de O. et A. (XLIV, 7).

(*d*) Gayo, IV, § 160, § 7, J. de interd. (IV, 15). L. 2, pr. de interd. (XLIII, 1), L. 3, § 1, uti poss. (XLIII, 17), L. 37, § 1, de O. et A. (XLIV, 7).

(*e*) L. 13, 14, de jud. (V, 1), L. 2, § 1, comm. div. (X, 3). Lo mismo sucede en los *præjudicia*, donde la cualidad del demandante no tiene

Volvamos ahora al caso más sencillo y ordinario, á saber: el de un demandante y un demandado que conservan siempre su carácter, y veamos cual puede ser el contenido de la defensa y las variedades de que es susceptible.

Primero, el demandado puede negar la existencia actual del derecho alegado por el demandante.

Segundo, puede invocar otro derecho distinto del que alega el demandante, y que, sin destruirlo, ponga obstáculos á la accion de éste.

De dos maneras puede negar el demandado el derecho del demandante: puede pretender que este derecho no ha existido nunca; puede reconocer que el derecho ha existido, pero que posteriormente ha sido anulado. Para señalar entre ámbos casos una distincion clara y precisa, diré que la negacion del derecho es *absoluta* en el primer caso, y *relativa* en el segundo.

Una de las cuestiones más importantes en la práctica, referente á la posicion respectiva del demandante y del demandado, es la obligacion de la prueba; y aunque no es este el lugar conveniente para profundizar la materia, trataré de indicar sumariamente la relacion que existe entre la obligacion de la prueba y las diversas clases de defensa.

Hemos reconocido que existen très clases posibles de defensa.

I. *Negacion absoluta.* Hé aquí los ejemplos más sencillos: á aquél que trata de reivindicar una cosa, se le opone que no ha tenido lugar la tradiccion; al que reclama un crédito, se le opone que no hubo contrato. Segun la regla, la prueba está á cargo del demandante.

II. *Negacion relativa.* Ejemplos: á la reivindicacion se opone que el demandante ha tenido efectivamente la propiedad, pero que la ha enajenado; á la reclamacion de un crédito se opone el pago. La prueba está á cargo del demandado.

III. *Alegacion de un derecho contrario al del demandan-*

---

ninguna influencia para la decision, y donde el demandante se determina segun la misma regla. L. 12, de exc. (XLIV, 1). La única diferencia consiste en que en las *duplices actiones* ámbas partes pueden ser condenadas, miéntras que ninguna de ellas pueden serlo en los *prœjudicia*; por esta causa no son estos últimos llamados *duplices actiones*.

te. Ejemplos: á una reivindicacion se opone una excepcion proveniente de un *jus in re (f)* ó de un contrato; á la *Publiciana* se opone la *exceptio dominii (g)*; á cualquier clase de acciones, la *exceptio rei judicatæ*. La prueba es de cargo del demandado.

La naturaleza propia de estas tres clases de defensas posibles aparecerá con más evidencia en virtud de los detalles en que voy á entrar.

La primera clase (negacion absoluta), no se presenta siempre bajo la forma puramente *lógica* de una negacion. En efecto, cuando la accion misma contiene como condicion un elemento negativo, la negacion de este elemento reviste la forma lógica de una afirmacion, sin que por esto deje de estar la prueba á cargo del demandante. Así, la *condictio indebititi* tiene por base la negacion de una deuda; su contradiccion absoluta es la afirmacion de la misma, y sin embargo, el demandante debe probar que la deuda no existe.

Hé aquí todavía, respecto de la verdadera naturaleza de esta primera clase, una circunstancia mucho más importante. Es elemento esencial de toda accion, la existencia de los hechos sobre los cuales descansa el derecho cuestionado. La pertinencia y la regularidad de estos hechos, se presumen desde luego; de modo que, si el demandado les niega este carácter, se encuentra entónces en la misma posicion que si pretendiese la extincion posterior del derecho (negacion relativa), en cuyo caso tambien debe probar su alegacion. Este principio tiene las más extensas é importantes aplicaciones. Así, por ejemplo, en una accion ejercitada en virtud de un contrato, el demandado opone la edad pupilar ó la enagenacion mental de una de las partes, ó bien expone, que, aunque contraido el compromiso, ha sido limitado por una condicion, como el tiempo ó el lugar, ó bien pretende que la obligacion era alternativa; puede tambien el demandado reconocer la existencia de una declaracion, pero oponiendo á ella la falta de voluntad (§ 134-138). Esta importante regla está fundada en la suposicion de que el acto exterior del hombre implica en principio su capacidad de obrar, como una declaracion de voluntad implica la conformidad de

---

(*f*) L. 6, § 9. comm. div. (X, 3), L. 1, § 4, de supert. (XIII, 8).
(*g*) L. 17, de public. (VI. 2).

esta declaracion con la voluntad de la que es sólo signo natural (*g* 1).

La segunda clase (negacion relativa) tiene una naturaleza ambigua. Nos aparece como negacion respecto al *derecho* alegado, una vez que el demandado discute la existencia de este derecho, y como afirmacion en cuanto al *hecho* que sirve de base á la accion. Así, por un lado, tiene gran afinidad con la primera clase de defensa; por el otro con la tercera clase. Bajo el primer aspecto es como el derecho romano considera el asunto, y he querido expresar esta relacion por medio de la fraseología que he adoptado (*h*).

Respecto á la relacion que existe entre la tercera y las dos primeras clases de defensa, voy á aducir las siguientes observaciones. Su determinacion, es decir, la distincion de los casos que pertenecen al uno ú al otro dominio, ha sido en gran parte regulada por el derecho positivo: tiene, por tanto, un carácter histórico; muchos asuntos podrían estar clasificados de diferente manera que lo han sido, y esta clasificacion se ha modificado al adoptarse el derecho romano en los estados modernos. Así, la defensa motivada en la edad pupilar ó en la enajenacion mental de una de las partes contratantes, pertenece á la primera clase; la defensa motivada en la violencia ó el fraude pertenece á la tercera. Si el demandado pretende que la deuda se ha extinguido por la *acceptilatio* ó la novacion, ó una servidumbre por el no uso, esta alegacion constituye una negacion relativa, ó una defensa de la segunda clase; si sostiene que la extincion del derecho resulta de un contrato no solemne, la defensa entra ordinariamente en la tercera clase. El derecho actual no reconoce ninguna diferencia entre este último caso y el de la *acceptilatio* ó de la novacion.

En cuanto al carácter práctico de las defensas de la tercera clase, hay que confesar que difiere de las dos primeras, no sólo históricamente, sino tambien en su esencia. En

(*g* 1) Bethmann-Hollweg, Versuche über Prozesz, págs. 349,369.

(*h*) La misma diferencia existe respecto de varias otras instituciones del procedimiento. Entre los Romanos, al ménos durante el tiempo de los antiguos jurisconsultos, era deferido el juramento, áun sobre la existencia de las relaciones de derecho; hoy solamente es deferido respecto de los hechos que sirven de base á las relaciones jurídicas.

los casos de la tercera clase, nos encontramos en presencia de dos derechos independientes uno de otro, cada uno de cuyos derechos puede tener su destino particular. De este modo, el *jus in re*, que forma la materia de una excepcion contra una reivindicacion, puede el mismo extinguirse; la *exceptio rei judicatæ*, contra la accion resultante de un crédito, puede ser anulada por un contrato *(i)*. Por el contrario, cuando á una reivindicacion se opone la enajenacion de la propiedad, ó á la accion del acreedor el pago del crédito, ningun acontecimiento posterior, como un contrato, por ejemplo, podría modificar la eficacia de estos actos jurídicos, los cuales, por punto general, no dejan tras de sí ningun desenvolvimiento ulterior. En estos casos, el demandante podría todo lo más adquirir un nuevo crédito; pero estos derechos no tendrían íntima relacion con los de la misma naturaleza que había poseido en otra época *(k)*. No debe perderse de vista que esta diferencia descansa en la esencia misma de las relaciones de derecho, y por tanto, que su carácter no es puramente histórico. Es verdad que su aplicacion á los casos particulares puede ser de diverso modo regulada por el derecho positivo, como ya se ha observado; pero la imposibilidad de hacer revivir una cosa realmente extinguida, no es, en manera alguna, de carácter histórico. Unicamente podría ofrecer la engañosa apariencia de semejante resurreccion una relacion de derecho enteramente nueva, cuando ésta tuviese el mismo objeto y el mismo valor venal que el derecho anulado, y que, en cuanto á las necesidades de la vida real, llenase absolutamente el mismo fin.

Las acciones que tienen una fórmula *in jus concepta* nos

(i) En semejantes casos se aplica la expresion de la L. 95, § 2, de solut. (XLVI, 3): «incipit obligatio civilis auxilium exceptionis amittere.» L. 27, § 2, de pactis (II, 14): «Pactus *ne peteret*, postea convenit *ut peteret*: prius pactum per posterius elidetur... et ideo replicatione exceptio elidetur.»

(k) L. 27, § 2, de pactis (II, 14)... «Sed si pactum conventum tale fuit, quod actionem quoque tolleret, velut injuriarum. non poterit postea paciscendo *ut agere possit* agere: quia et prima actio sublata est: non enim ex pacto injuriarum actio nascitur, sed ex contumelia. Idem dicemus et in bonæ fidei contractibus, si pactum conventum totam obligationem sustulerit, veluti empti: *non enim ex novo pacto prior obligatio resuscitatur, sed proficiet pactum ad novum contractum.*»

muestran claramente de qué manera consideraban y expresaban los Romanos las diferencias que acabo de señalar. La *intentio fundum Agerii esse* ó *numerium centum dare oportere* implícaba la existencia actual de la relacion de derecho y directamente contenía la pertinencia de las dos primeras clases de defensas posibles. La adicion *nisi soluta pecunia sit*, hubiera sido enteramente ociosa, y por eso no la encontramos nunca, pues si el deudor había pagado, no se podía decir *eum dare oportere*; de modo que, reconociendo el juez que el deudor había pagado, las palabras *si non paret* (dari oportere) *absolve*, le prescribían ya la absolucion de la demanda. Otra cosa sucedía cuando el demandado, sin hablar de la existencia de la propiedad ó del crédito, se contentaba con invocar una sentencia regularmente pronunciada en el mismo asunto. La *intentio* no hacía referencia á esta circunstancia, lo que motivaba la adición siguiente: *si ea res judicata non sit*. Segun la naturaleza de la accion, la adicion dicha se expresaba en la fórmula para que el juez la tuviese en cuenta, ó bien, algunas veces, podía éste suplirla (*l*); pero esto no modifica el carácter esencial y distintivo de este medio de defensa.

Las *formulæ in factum conceptæ* eran bajo esta relacion ménos determinadas. Algunas veces la redaccion de la fórmula indicaba que se tuviese en cuenta la negacion relativa (*m*); otras veces no lo indicaba (*n*). Pero la indeterminacion tenía aquí pocos inconvenientes, porque estas fórmulas se aplicaban principalmente á las acciones pretorianas, donde los poderes del juez eran más ámplios (*o*).

En el antiguo procedimiento romano, la diferencia esen-

(*l*) Apéndice XIII, num. IV. Esto es lo que significa exceptio *inest actioni*, es decir, se estima contenida en la fórmula. Zimmern, Rechtsgeschichte t. III, § 98, pretende, equivocadamente, que este es un carácter peculiar á las *bonæ fidei actiones*, cuando realmente es comun á todas las acciones libres.

(*m*) Gayo, IV, § 47 «...eamque dolo malo... redditam non esse.

(*n*) Gayo, IV, § 46. Segun la letra de esta fórmula podría creerse que el emancipado no hubiera quedado libre ni aún por el pago de la suma que se verificase ántes del juicio, lo cual es completamente inadmisible.

(*o*) Apéndice XIII, num. VI. Independientemente de las acciones pretorianas, algunas acciones civiles tenían tambien una *formula in factum concepta*; pero estas acciones pertenecían á la clase de las *bonæ fidei*, donde, por consiguiente, tenía el juez poderes más ámplios. Gayo, IV, § 47.

cial que he señalado entre las dos primeras clases de defensa y la tercera, se encontraba expresada con gran precision y claridad en la redaccion de la fórmula. Esto nos conduce al estudio detenido de las excepciones.

§ CCXXVI.—*Excepciones. Su forma. Historia.*

Zimmern, Geschichte des Rœmischen Privatrechts, t. III, (1829) § 91-98.

J. A. M. Albrecht, die Exceptionem des gemeinen Civilprozesses. München, 1835.

Exceptio designa en derecho romano aquella clase de defensa fundada en un derecho independiente que pertenece al demandado. Se le llama así, porque tiene por objeto hacer pronunciar la absolucion de la demanda por excepcion, aunque el derecho alegado por el demandante existiera realmente. Así, á la *intentio* y á la *comdemnatio*: *si paret fundum Agerii esse*, ó *centum dari oportere... condemna*, se añadia la excepcion: *si ea res judicata non sit.* De este modo se explica la forma negativa de todas las excepciones con relacion al mandato positivo de la *condemnatio* que habia de pronunciarse en el caso en que la *intentio* fuese verdadera (*a*), y la causa de que muchos jurisconsultos antiguos hayan definido la *exceptio* como condicion de la *condemnatio* (*b*). En efecto, la *intentio* misma es ya una condicion (si

---

(*a*) Gayo, IV, § 119. «Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur quia (ejus quod?) adfirmat is, cum quo agitur.., ideo scilicet, quia omnis exceptio objicitur quidem a reo, sed ita formulæ inseritur, ut condicionalem faciat condemnationem, id est ne aliter judex eum, cum quo agitur, condemnet, quam si nihil in ea re, qua de agitur, dolo actoris factum sit.» V. Zimmern, p. 290). Se han suscitado dudas infundadas. (Albrecht, pág. 21), sobre la generalidad de esta forma negativa, fundándose en las expresiones positivas empleadas en varios textos, por ejemplo, en la L. 11, § 3, de exc. rei jud. (XLIV, 2): «obstaret exceptio, *quod res judicata sit inter me et te.*» Pero todos estos textos sólo presentan un resúmen sumario del hecho; la redaccion de la fórmula era negativa ciertamente. Zimmern, p. 293, considera como positiva la fórmula de excepcion expresada por *extra quam si*; pero *extra quam si*, equivale, precisamente, á *nisi*: la forma, pues, es negativa como las demás.

(*b*) L. 22, pr. de exc. (XLIV, 1): «Exceptio est *condictio*, quæ modo eximit reum damnatione, modo, minuit damnationem.» Gayo, IV, § 119, (V. nota *a*). Los puntos esenciales aparecen confirmados por el texto siguiente: L. 2, pr. de exc. (XLIV, 1): ¿Exceptio dicta est quasi quadam

paret) y á esta condicion principal se añade, como condicion accesoria, la no existencia de la excepcion; tal es la relacion que estos jurisconsultos han querido expresar *(c)*. La excepcion es, pues, evidentemente, un medio de defensa del demandado *(d)*; pero este nombre designa una clase particular de defensa *(e)* y no toda defensa en general. En el antiguo derecho no se aplicó nunca á la negacion absoluta, ni aún á la relativa, y así es que las palabras *exceptio solutionis, usucapionis*, etc., no se encuentran en ningun jurisconsulto antiguo *(f)*.

Como las excepciones formaban parte integrante de la *formula* redactada por el pretor, debía el demandado solicitar su insercion, y el pretor debía concederla ó rehusarla *(g)*. Esta insercion literal en la fórmula era indispensable para las acciones rigurosas; en las libres, no era necesario, pero se usaba con frecuencia, y el pretor hubiera

---

exclusio... ad cludendum (excludendum? interdudendum?) id, quod in intentionem condemnationemve deductum est.» Esta es la razon de que una accion sin excepcion se llame judicium *purum*. Ciceron, de inventione, II, 20.

(c) Se ha pretendido que las definiciones citadas en la nota *a* y *b* son de tal manera generales que se aplican tambien á las relaciones negatívas, justificando así la frase *solutionis exceptio* (Mühlembruch, § 137, nota 2). Pero los tres textos citados concuerdan en presentar la excepcion como la restriccion ó la condicion de un pensamiento expresado en la *intentio* y en la *condemnatio*, es decir, como una cosa *separada* de este pensamiento, y que no está en él contenida. Pero toda negacion absoluta ó relativa se refiere inmediatamente á este mismo pensamiento. El que dice haber pagado una deuda, afirma el dare *non oportere*; niega directamente la *intentio*, y no quiere en manera alguna *conditionalem* facere condemnationem.

(d) Pr. J. de excep. (IV. 13). «Comparata sunt autem exceptiones *defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur*.» De igual manera. Gayo IV, § 116, salvo que el manuscrito dice *reorum* en lugar de *eorum*.

(e) Así, vemos en la L. 56, de cond. ind. (XII, 6): *exceptionis defensio*,» frase que indica haber otras clases de *defensio*, además de la excepcion.

(f) La palabra *excipere* no era una expresion técnica especial, empleada siempre con exactitud rigurosa. L. 18, § 2. de prob. (XXII, 3)... «qui excepit *se non respondisse*.» En ningun caso puede ser invocado este texto para extender dicha expresion, como lo hacen varios autores modernos, á las negaciones relativas (por ejemplo á la *exceptio solutionis*). En efecto, este texto habla de una negacion absoluta, y nunca ha sostenido nadie que los Romanos hayan llamado ó nosotros debamos llamar *exceptio* á una negacion absoluta.

(g) Esto es lo que expresan: exceptionem petere, postulare, dare addere, reddere, denegare.

podido difícilmente rehusarla si el demandado la reclamaba (§ 225). Por lo demás, la excepcion, de igual manera que la accion, sólo se daba cuando había un hecho cuestionado; en el caso contrario el pretor podía fallar directamente sin la intervencion de un *judex* (*h*).

En el derecho justinianeo *præscriptio* es sinónima de *exceptio*, así es que ámbas palabras pueden tomarse indiferentemente la una por la otra (*i*). Gayo nos ha enseñado el orígen de esta fraseología (*k*). En el antiguo procedimiento, varias restricciones de la *intentio* y de la *condemnatio* (que debemos representarnos siempre como dependencias de un todo) se ponían ántes de la *intentio*, y de aquí se derivó naturalmente su nombre de *præscriptio*. Entre ellas, unas se insertaban en interés y á peticion del demandante; otras en interés y á peticion del demandado. Estas últimas eran excepciones verdaderas, excepciones propiamente dichas, y sólo por una circunstancia puramente accidental únicamente ciertas excepciones se colocaban, del modo dicho, ántes de la *intentio*, miéntras que la mayor parte se incluyeron despues (*l*). Esto se modificó posteriormente; las restricciones propuestas por el demandante fueron las únicas que

---

(*h*) L. 9, pr. de jurejur. (XII, 2). «...posteaquam juratum est. *denegatur actio*: aut, si controversia erit, id est si ambigitur, an jusjurandum datum sit, exceptionis locus est.» La excepcion se aplica pues solamente cuando el hecho sea cuestionado.

(*i*) Esto es lo que manifiestan las rúbricas siguientes: Dig., XLIV, 1, y Cod. VIII. 35; un texto de Paulo en que præscriptio y exceptio se aplican alternativamente al mismo caso. L. 12, de dib. temp. pr. (XLIV, 3); *præscriptio peremptoria, dilatoria*, en la L. 8, 12, C, de excep. (VIII, 36)- *doli, rei judicatæ, in factum præscriptio*, donde se encuentra casi siempre *exceptio*. L. 91, de solut. (XLVI, 3), L. 29, pr. de exc. rei jud. (XLIV, 2), L. 23, de except. (XLIV, 1). Recíprocamente: *exceptio longæ possessionis*, en la L. 5, § 1, de div. temp. (XLIV, 3), y *temporalis exceptio* en la L. 30, C. de j. dot. (V, 12), en lugar de la frase ordinaria *præscriptio*. Estas expresiones han podido ser empleadas en todo tiempo la una por la otra, pues el nombre de exceptio no hace relacion á ningun lugar determinado de la fórmula. De igual manera, Ciceron (de inventione, II, 20), llamaba *exceptio* á una præscriptio no dudosa, no siendo esta, como pretende Zimmern, p. 297, una locucion inexacta. Se encuentran tambien otros textos sobre este asunto en Unterholzner, Verjährungslehre I, p. 10, 11.

(*k*) Gayo, IV, § 130, 137; Zimmern, § 96, 97, donde se trata este asunto con gran profundidad, pero algunas veces con demasiada sutileza.

(*l*) Evidentemente despues de la condemnatio. Zimmern, p. 285, coloca las excepciones entre la *intentio* y la *condemnatio*, lo que en varios casos, hubiera hecho oscura y embarazosa la expresion.

se inscribieron al principio de la fórmula, y se dejaron para el final las propuestas por el demandado. Llamadas estas *præscriptiones*, á causa del lugar que ocupaban otras veces, conservaron esta denominacion, que ya era impropia, y se estableció el hábito de considerar la palabra *præscriptio* como sinónima de *exceptio*. La abolicion del *ordo judiciorum* contribuyó mucho á esta modificacion del lenguaje, porque no hubo ya *formulæ* en que pudieran distinguirse diferentes lugares, y las restricciones que se fijaban otras veces en interés del demandante, desaparecieron por completo. A la verdad, cada excepcion se designaba ordinariamente bajo uno solo de estos dos nombres, y es raro encontrar ámbas denominaciones, aplicadas indiferentemente (nota *i*). Hé aquí la explicacion de este fenómeno: la *doli* y la *rei judicatæ exceptio*, por ejemplo, se colocaban siempre al fin de la fórmula, miéntras que antiguamente la *temporis* y la *fori præscriptio* se colocaban al principio. Hace varios siglos que los jurisconsultos modernos han impuesto á la palabra *præscriptio* un sentido del todo diferente: el de la prescripcion de las acciones, modificacion que ha ocasionado una confusion grande en la ciencia del derecho, confusion de que no he de ocuparme en este lugar (*l* 1).

La *exceptio*, tal como acabo de describirla, no pudo ser puesta en uso hasta despues del establecimiento del *ordo judiciorum*, pues no existía en las antiguas *legis actiones* (*m*). Podría tambien afirmarse que su orígen fué posterior en mucho al comienzo del procedimiento formulario; sin embargo es poco verosimil que los Romanos hubiesen desconocido largo tiempo una forma tan apropiada á su objeto y tan fácil de encontrar.

Despues de la abolicion del *ordo judiciorum* las excepciones dejaron de existir como formas de procedimiento. Desde entónces no formaron ya parte de la fórmula redactada por el pretor y dirigida al *judex*; pero fueron como hoy, simples medios de defensa presentados por el demandado á la autoridad judicial (*n*). No debe creerse, pues, como pre-

---

(*l* 1) Véase t. III, § 178.

(*m*) Gayo, IV, III, § 108: «Alia causa fuit olim legis actionum... nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum.»

(*n*) Las formas citadas en la nota *g* no eran aquí aplicables, y se designaba el acto del demandado invocando la excepcion con las frases *op-*

ten los muchos autores, que la naturaleza misma de las antiguas excepciones haya perecido ó haya sido esencialmente modificada. Sin duda que todo lo que en la excepcion se refería al procedimiento había dejado de existir y principalmente lo que se relacionaba con la diferencia de los poderes del *judex*, segun el carácter de la accion. Mas permanecieron con la naturaleza que habían tenido siempre, es decir, como medios de defensa alegados por el demendado y fundados en derechos independientes del de la demanda. (§ 225). El que las compilaciones de Justinianeo expongan la naturaleza de las excepciones en los mismos términos que los antiguos jurisconsultos no es por tanto, como á menudo se ha pretendido, una reproduccion indirecta, el vano simulacro de una institucion herida de muerte. No se debe tampoco atribuir á Justiniano ninguna modificacion esencial en las expresiones técnicas que se refieren á esta materia. Si en las instituciones emanadas de Justiniano mismo se encuentra una fraseología ménos rigurosa, debe atribuirse á la decadencia general de la ciencia, no á un cambio de ideas sobre esta materia especial; si bien, realmente, será pequeñísimo el número de textos en que Justiniano, hablando de las excepciones ó de las prescripciones, se exprese de otra manera que como pudiera hacerlo un antiguo jurisconsulto *(o)*.

Ne puede concederse que, habiendo la palabra *exceptio* perdido en el derecho justinianeo su significacion propia, haya sido conservada sin reflexion, y que debiera ser borrada. Es verdad que esta palabra se refería inmediatamente á las antiguas fórmulas de acciones y que estas fórmulas no existian en tiempo de Justiniano. Pero la redaccion de las

---

ponere ú *objicere* exceptionem. Sin embargo, esta excepcion se empleaba antiguamente en concurrencia con las otras y *opponere* tenía entonces el mismo sentido que *petere* y *postulare* V. Gayo IV § 123, 524, 119- (V. nota *a*) y otros varios textos del Digesto.

(*o*) La L. 3, C. de j. dot. (V, 12), es verdad que toma la frase *temporalis exceptio* en un sentido bastante extenso para abrazar tambien la usucapion, es decir, un caso de negacion relativa, por mas que estos casos no constituyan realmente verdaderas excepciones (§ 225). V. t. III, § 178 *i*. Esto se debe á la dificultad de expresar en pocas palabras todas las modificaciones que el tiempo podia traer sobre la dote. Semejante inexactitud en el lenguaje prueba, pues, la ausencia de una locucion técnica y no un cambio en la naturaleza de las excepciones.

acciones no era el producto del accidente, sino que expresaba la naturaleza íntima de las relaciones de derecho, y esta naturaleza no ha cambiado. Así, hoy todavía, *exceptio* designa una excepcíon á la obligacion que resulta de la accion intentada, por mas que esta excepcion no se refiera ya á la instruccion dada al *judex* sobre la condena que había de pronunciar.

Estas observaciones, se aplican, no solamente al derecho justinianeo, sino tambien hasta un cierto punto, á las leyes de procedimiento alemanas. Con arreglo á una opinion muy generalizada, cualesquiera que sean las disposiciones del derecho romano actual, el último decreto del imperio (de 1654) hubiera debido al ménos modificar completamente el derecho y el lenguaje que se refiere á las excepciones. Hé aquí los dos textos relativos á este objeto:

§ 37 «Cualesquiera que sean los *medios* dilatorios ó perentorios que haya que oponer.»

§ 38 «Si tuviese que oponer *excepciones* dílatorias ú otras semejantes.»

Estas expresiones abrazan evidentemente toda clase de defensas posibles; de modo que debe darse la mayor latitud á las prescripciones de esta ley tocantes á la posícion del demandado; pero no dice una palabra respecto á la teoría del derecho en esta materia. Démos, si se quiere, á la expresion alemana *Einrede* (excepcion) la acepcion más ámplia, pero tememos siempre la voz técnica *excepcion* que hemos tomado del derecho romano en su sentido originario. Esto es importante, no sólo para prevenir errrores de otra manera inevitables en la interpretacion de las fuentes, sino tambien como único medio de fijar la idea jurídica expresada por esta palabra. Los autores que han escrito sobre el procedimiento durante los últimos siglos, no han evitado esta confusion de lenguaje. Debemos, pues, con mayor motivo, buscar al ménos un punto fijo en una expresion técnica, cuyo sentido está determinado históricamente.

§ CCXXVII. *Excepciones.—Su contenido.—Sus especies.*

Siendo el contenido de las excepciones un derecho independiente del demandado, y por tanto, de idéntica naturaleza que el contenido de las acciones, son aquéllas susceptibles

de los mismos contrastes que estas. Sus fórmulas se encontraban tambien en el edicto, donde el pretor inventaba las que se hacían necesarias para los nuevos casos (*a*); éstas se llamaban *in factum exceptiones* (*b*), de igual manera que se llamaban *in factum* las acciones inventadas especialmente para casos particulares (§ 217). Se derivaban además, como las acciones, ó del derecho civil (*lex et quod legis vicem obtinet*), ó del derecho pretorio (*c*). En fin, vemos tambien excepciones ya conocidas y designadas con un nombre especial, que se extendían á casos nuevos; la relacion de esta extension se expresa por el nombre de *utilis exceptio* (*d*), precisamente como respecto de las acciones (§ 215).

El principio de derecho que determina el contenido de la excepcion descansa algunas veces sobre las reglas del procedimiento (*e*); pero más frecuentemente, y en virtud de una

---

(*a*) Gayo, IV, § 118. «Exceptiones autem alias in edicto Prætor habet propositas, alias causa cognita acommodat.»

(*b*) Fragm. Vat., § 310. «neque Cinciæ legis exceptio obstat, neque in factum: *si non donationis causa mancipavi vel promisi me daturum.*» L. 4, § 32, de doli exc. (XLIV, 4). «exceptione in factum comparata vel doli mali.» V. L. 4, § 15. eod., L. 14, 23, de exc. (XLIV, 1) y varios otros textos. Estas *in factum exceptiones* responden, pues completamente á las *in factum actiones* improvisadas (§ 217); sin embargo no debe llevarse la semejanza hasta el punto de creer que todas las demás excepciones *in jus conceptæ* tuviesen tambien una *juris civilis intentio* La L. *Cinciæ exc.* estaba concebida en estos términos: nisi contra L. Cinciam factum sit; así, pues, bajo la forma de un hecho.

(*c*) Gayo IV, § 118 (inmediatamente despues de las palabras citadas en la nota *a*): Quæ omnes *vel ex legibus*, vel ex his *quæ legis vicem obtinet*, vel ex *jurisdictione Prætoris* proditæ sunt.» De igual manera el § 7, J. de exc., IV, 13. Con arreglo á las palabras de la L. 3, de exc. (XLIV, 1): «si quid contra LL., Senatusve consultum factum esse dicetur,» no debería creerse que hubiera habido nunca una excepcion particular redactada del modo dicho. Este no es más que una designacion colectiva de las exc. L. Cinciæ, Sc. Macedoniani etc. De igual modo Gayo, IV, § 121.

(*d*) L. 21, de præscr. verb. (XIX, 5): «Quotiens deficit actio vel exceptio, *utilis actio vel exceptio est.*» Mas esta afirmacion debe entenderse en el sentido de la extension (§ 215). Respecto de las excepciones nunca se recurría á la ficcion, la cual hubiese sido incompatible con su redaccion *in factum* (nota *b*). Es verdad que en la mayor parte de los textos *utilis exceptio* no designa una excepcion extendida por analogía, sino una excepcion eficaz y válida. V. L. 41, de minor. (IV, 4). L. 19, § 5, ad Sc. Vell. (XVI, 1), L. 5, C. de usuris (IV, 32).

(*e*) Tales son la *exceptio fori*, *procuratoria*, *cognitoria*, *præjudicialis*, etc. V. Albrecht, Exceptionem, p. 211.

influencia más decisiva, sobre una regla material del derecho. Las excepciones de esta segunda clase tienen una naturaleza semejante á las obligaciones, de igual manera que las acciones mismas (§ 205); el demandado pretende que el demandante no haga valer su derecho de accion. El mismo derecho material puede, segun las circunstancias, motivar una accion ó una excepcion, sobre cuyo punto existe una regla importante. El que tiene un derecho de accion, puede, siempre que tenga de ello necesidad, hacer valer este derecho como excepcion (*f*); pero no puede decirse que recíprocamente una excepcion dé derecho, desde el momento que existe, á ejercitar una accion que tenga el mismo contenido y el mismo resultado.

El caso más importante que presentan las excepciones que se derivan de las reglas materiales del derecho concierne á la relacion de la *æquitas* al *jus civile*. En efecto, cuando el pretor reconocía la presencia de la equidad, le aseguraba el predominio práctico, unas veces por *in factum actiones,* otras veces por medio de las excepciones (*g*): en el primer caso obraba directamente, en el segundo impedía la condena, sin crear ni destruir ningun derecho propiamente dicho (*h*). Gayo y las Instituciones hablan desde luego de este caso, con el fin de mostrar, por una série de ejemplos, la utilidad y el valor de las excepciones (*i*). Pero si este caso es el más importante, no es el único, y la prueba de ello es que Gayo y las Instituciones enumeran seguidamente las diferentes causas que pueden dar nacimiento á las excepciones, citando al lado de este caso muchos otros (*k*).

(*f*) L. 1, § 4, de superf. (XLIII, 18): «cui damus actionem, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit.» El mismo fragmento se reproduce en la ley 56, § 1, de R. J. (L, 17).

(*g*) L. 3. § 1, de pec. const. (XIII, 5). «Si quis autem constituerit, quod jure civili debebat, *jure prætorio non debebat, id est per exceptionem...*» Las excepciones de esta especie más importantes son la *doli* y la *pacti exceptio*; las in factum exceptiones, tenían tambien el mismo objeto (nota *b*).

(*h*) V. § 213, 216, y t. I, § 22.

(*i*) Gayo, IV, § 116, 117, pr., § 1—5, J. de exc. (IV, 13).

(*k*) V. nota *c*. El § 6, de exc. (IV, 13), dice expresamente que lo que precede tiene el carácter de ejemplo: «Hæc exempli causa retulisse sufficiet.» Si hubiese precedido el resúmen general (nota *c*), no se hubiese incurrido en ningun error sobre este punto. Por lo demás, los ejemplos

La relacion de las diferentes especies de excepciones á las diferentes clases de acciones ha sido desconocida frecuentemente en los tiempos modernos; voy á presentar un cuadro de todas las combinaciones posibles de esta relacion, con el fin de exclarecer el asunto.

A una accion civil se opone una excepcion civil ó pretoriana; á una accion pretoriana, una excepcion pretoriana ó civil. Estas diversas combinaciones no solamente son posibles, sino que en realidad se encuentran en las aplicaciones siguientes que son incontestables.

I. Accion civil y excepcion civil.

Condictio resultante de un préstamo ó de una estipulacion.—*Exc. Sc. Macedoniani et Vellejani exc. Legis plœtoriœ (l).*

Rei vindicatio, como tambien *condictio* resultante de una estipulacion.—*Exc. Legis Cinciœ (m).*

II. Accion civil y excepcion pretoriana.

Condictio ó *rei vindicatio.—Exc. doli, pacti, jurisjurandi, rei judicatœ.*

III. Accion pretoriana y excepcion civil.

Actio constitutoria y *actio hypothecaria.—Exc. Sc.* Vellejani *(n).*

Publicana actio.—Exc. dominii (*o*).

Actio de peculio.—Exc. Sc. Trebelliani (*p*).

Toda accion pretoriana resultante de un crédito.—*Exc. Legis Juliœ* como consecuencia de una *cessio bonorum* (*q*).

IV. Accion pretoriana y excepcion pretoriana.

Actio publiciana.—Exc. hypothecaria, jurisjurandi, rei judicatœ.

Actio doli ó quod metus causa.—Exc. in factum (*q*1).

Varios autores pretenden que de estas diversas aplicaciones, sólo la segunda (accion civil y excepcion pretoria-

---

son mucho más numerosos en las Instituciones que en Gayo; el § 7, J. de exc. (IV, 13) es ménos claro y concluyente que el de Gayo, IV, § 118.

(*l*) V. Zeitzchrift für gerchichtliche Rechtswissenschaft, t. X, p. 248.

(*m*) Fragm. Vat. § 266, 310.

(*n*) L. 8, pr., L. 29, pr. ad Sc. Vell. (XVI, 1).

(*o*) L. 17, de public. (VI, 2).

(*p*) L. 1, § 8, quando de pec. (XV, 2).

(*q*) § 4, J. de replic. (IV, 14). V. L. 4, C. qui bonis (VIII, 71).

(*q*1) L. 14, § 13, quod metus (IV, 2).

na) es la excepcion verdadera y propiamente dicha, y que las demás se llaman impropiamente tales y han sido creadas por analogía *(r)*. Sin embargo, esta opinion no tiene el menor fundamento, pues si se examinan sin prevencion los textos más arriba expresados (nota *c*) de Gayo y de las Instituciones, se vé claramente que los antiguos jurisconsultos mismos consideraban el desarrollo de las excepciones como paralelo al de las acciones; no tenemos, pues, ninguna razon para creer que las excepciones civiles hayan sido creadas por analogía y que sea su nombre más impropio que el de las acciones civiles. Hé aquí evidentemente el orígen de esta falsa doctrina. El caso de aplicacion más ordinario, y por otra parte el más importante en la práctica, ha sido arbitrariamente considerado como el único que existía al principio, y se han mirado los demás solo como extensiones hechas por analogía.

Las divisiones siguientes de las excepciones nos dan mejor á conocer la naturaleza de los diversos aspectos bajo los cuales se manifiestan.

Varias de las excepciones sólo tienen eficacia para un cierto tiempo ó dentro de ciertas circunstancias, de manera que no detienen la accion si el tiempo ha espirado ó si han cambiado las circunstancias; por ejemplo: la *exceptio pacti indiem*, si la accion se ha intentado ántes del dia fijado para el pago; la *fori exceptio*, cuando la accion ha sido llevada ante un juez incompetente, y en general, las excepciones simplemente fundadas en las reglas del procedimiento (nota *e*). Otras, y este es el mayor número, no están sometidas á estas restricciones, de modo que conservan su eficacia en todo tiempo y en todas circunstancias. Las primeras se llaman *dilatoriæ* ó *temporales* (*s*), las segundas *peremptoriæ* ó

(*r*) Zimmern, § 91, y principalmente p. 286. Albrecht, § 5, y p. 32, 33, 42, 44. Se verá más adelante, § 228, la extension dada á esta falsa doctrina por los autores modernos que han escrito sobre el procedimiento. Albrecht, p. 8, 23, pretende tambien que la palabra *exceptio* designa, no la excepcion puesta en la fórmula á la condena, sino, más bien, la relacion excepcional entre el derecho pretoriano y el derecho civil.

(*s*) *Temporalis exceptio* ó *præscriptio* tiene todavía otra significacion muy diferente: la de *prescripcion de las acciones*. En este sentido, la frase designa una excepcion puramente individual, como la *exceptio doli, pacti*, etc.; tomada en el sentido de *dilatoria* designa un miembro de una division. Una sola vez (L. 5, C. de exc., VIII, 35) encontramos

perpetuæ (*t*). En el antiguo procedimiento la eficacia de las excepciones dilatorias era muy distinta, segun que se referían ó no al contenido de la *intentio* misma. Si por ejemplo, se invocaba la *exceptio pacti in diem* y el juez la reconociese fundada, debía pronunciar la absolucion completa de la demanda y el crédito quedaba perdido para siempre. Así pues, cuando el demandante era prudente, retiraba provisionalmente su accion y no la dejaba llevar ante un *judex* (*u*). Otra cosa sucedía con las excepciones dilatorias que no se referían al contenido de la *intentio*, por ejemplo, la *exceptio fori* ó *præjudicialis*. Aunque el juez las reconociese fundadas no debía rechazar para siempre la demanda, sino abstenerse de pronunciar la condena, de manera que la accion no quedaba irrevocablemente perdida (*v*). Esta distincion no existe en el derecho justinianeo y todas las excepciones dilatorias no tienen más que la segunda consecuencia, la ménos peligrosa.

---

perpetua exc. en el sentido de *excepcion imprescriptible*; debería, pues, la excepcion prescriptible llamarse *temporalis*, y estarían justificadas estas expresiones técnicas por la analogía de la *actio perpetua* y *temporalis*; sin embargo, no se han hecho usuales á causa de la rareza de las excepciones imprescriptibles.

(*t*) Gayo, IV, § 120-125, L. 2, § 4. L. 3, de exc. (XLIV, 1), § 8, 10, J. de exc. (IV, 13). Segun las reglas procesales, las excepciones dilatorias debían presentarse ante el pretor. Si se presentaban por primera vez ante el *judex* se las tenía en cuenta; sólo que no se llamaban entónces *exceptiones* sino *translationes* ó *translativæ constitutiones*. El texto más esplícito á este respecto es Ciceron, de invent., II, 19, 20. Con arreglo á otros textos ménos precisos pudiera creerse que la *exceptio dilatoria* era llamada *translatio*. De invent. I, 8, ad Heremm., I, 12, II, 12, Fortunatiam., y Sulp. Victor, 9 en Caperronner. Rhetores ant., p. 63, 284.

(*u*) Gayo, IV, § 123, V. Zimmern. § 95. Atendiendo á la generalidad de las frases de Gayo pudiera creerse que lo mismo sucedía con todas las excepciones dilatorias, y efectivamente la regla se aplica á todos los ejemplos que cita; pero en el caso de la *fori præscriptio*, si el *magistratus* era reconocido incompetente, no habiendo recibido entónces el *judex* ningun poder real, carecía de facultades para condenar y para absolver, y el derecho por tanto, no se había consumado, puesto que no había sido llevado *in judicium*. En el caso de la *exceptio præjudicialis*, debería diferirse el juicio, de modo que, por el momento, no había condenacion ni absolucion.

(*v*) Véase el desenvolvimiento de este caso en la nota *u*. La diferencia entre ambas especies de excepciones dilatorias puede expresarse de la siguiente manera: en la una se aplica y en la otra no el mandato de la fórmula: *si non paret absolve*. En la una y en la otra, por el contrario, el mandato de la fórmula: *si paret condemna* era igualmente extricto y por esta causa convenía á ámbas el nombre de *exceptio*. Así, por ejem-

Distinguense, todavía, las *personæ* y las *rei cohærentes exceptiones*, segun que la excepcion puede ser invocada exclusivamente por el titular primitivo del derecho ó por sus representantes y causa habientes, tales como un heredero, un adquirente, etc. *(w)*. Las *rei cohærentes*, como las más numerosas, deben ser consideradas como la regla, y las *personæ cohærentes* como los casos excepcionales (*x*). Una distincion semejante, pero mucho más restringida, existe respecto á la obligacion que tiene el demandante de sufrir la excepcion, cuando se funda eu un acto injusto del titular primitivo del derecho. En el importante caso de la *doli exceptio*, esta obligacion existe para el heredero y el donatario; pero no para el adquirente (*y*) y ménos todavía para los extraños que no tienen con el titular primitivo ninguna relacion de sucesion. La *metus exceptio*, por el contrario, como concebida *in rem (si in ea re nihil metus causa factum est)* puede ser opuesta no sólo al heredero ó al que adquirió del autor de la violencia, sino tambien á todos los demás *(z)*. Cuando, con referencia á otras excepciones, se dice que éstas valen no sólo contra el demandante primitivo, sino contra todos sus sucesores sin distincion (*aa*), se expresa sen-

---

plo, sabemos que la *præjudicialis exceptio* tenía efectivamente esta denominacion segun Ciceron, de invent, II. 20, y segun las L. 13, 16, 18, de exc. (XLIV, 1). Zimmern, p. 302, rehusa arbitrariamente el nombre de *exceptio* á la segunda clase de excepciones dilatorias, á causa de no haberse apercibido de la distincion que señalo en esta nota.

(*w*) L. 7, pr., § 1, de exc. (XLIV, 1). Es muy diferente el sentido en que los Proculeyanos dicen, con motivo de la *exc. L. Cinciæ*, que cada uno puede invocarla: «etiam quivis, quasi popularis sit hæc exceptio.» (Fragm. Vat., § 266); así, pues, independientemente de toda relacion de sucesion.

(*x*) Se aplica principalmente á lo que se llama el *beneficium competentiæ*. L. 7, pr., de exc. (XLIV, 1). L. 24, 25, de re jud. (XLII, 1), § 4, J. de repl. (IV, 14); despues á la *exc. pacti*, cuando el contrato no impone obligacion más que á un indivíduo. L. 21, § 5, L. 22. 26. L. 32. de pactis (II, 14). Cuando, con motivo de la *exc. rei venditæ et traditæ* se expresa lo contrario, no se hace más que una aplicacion de la regla general. L. 3, pr., de exc. rei vend tæ (XXI, 3). Asi, en el caso de la *doli exceptio*, se deberia decir igualmente con relacion al demandado: *in rem* opponitur exceptio. L. 2, § 2, de doli exc. (XLIV, 4).

(*y*) L. 4, § 27, 31, de doli exc. (XLIV, 4). Tambien se dice: exprimendum est... non in rem: *si in ea re dolo malo factum est*, sed sic: *si in ea re nihil dolo malo actoris factum est*. L. 2, § 1 id. La restriccion expresada en el texto abraza entónces á los sucesores.

(*z*) L. 4, § 33, de doli exc. (XLIV, 4).

(*aa*) L. 3, § 1, de exc. rei vend. (XXI, 3).

cillamente la regla ordinaria, la negacion de la restriccion especial establecida para la *doli exceptio*.

§ CCXXVIII.—*Excepciones. Opiniones divergentes.*

Desde la Edad Media los jurisconsultos se han separado mucho de la pura doctrina del derecho romano en la materia de excepciones que acabo de exponer. Se ha adoptado principalmente una nueva division de las excepciones en *exceptiones juris* y *facti*; las primeras responden próximamente á las verdaderas excepciones romanas, las segundas abrazan los demás medios de defensa, como, por ejemplo, el pago *(a)*. Pero como nunca se ha podido establecer un acuerdo sobre los límites de esta division, ni sobre su aplicacion práctica, la confusion del lenguaje ha corrido parejas con la confusion de las ideas y de las reglas del derecho (*b*). A mediados del siglo XVII, el último decreto del Imperio promulgó una nueva ley sobre el procedimiento para toda Alemania, y los esfuerzos inútiles de los autores para poner en armonía esta ley con la teoría adoptada, han aumentado todavía más la confusion.

En los últimos tiempos, el estudio crítico de las fuentes, aplicado á esta parte de la ciencia, ha obtenido generalmente buen resultado. Pero como, por otra parte, se ha desconocido con frecuencia el elemento histórico de las Instituciones, y se le ha atribuido falsamente una significacion general, parece que no ha podido evitarse por completo el exceso contrario. La base verdadera y permanente de la institucion ha sido desconocida; se la ha considerado con error como un fenómeno pasajero que no tiene desde hace largo tiempo existencia más que en la historia (*c*).

He indicado más arriba (§ 227) y he combatido el principio de esta falsa doctrina. Se pretende que las excepciones pretorianas contra las acciones civiles eran las únicas ex-

---

(*a*) Entre otros pasages de la glosa debe verse principalmente la *Gl. Intentionem.* L. 2. pr. de exc. (XLIV, 1).

(*b*) Albrecht, p. 23 y sig. indica un gran número de autores.

(*c*) Este punto de vista aparece expuesto de la manera más completa en la obra de Albrecht que ántes he citado (§ 225). El gérmen de esta doctrina se encuentra en Bayer, Vorträge über den Civilprozess, 4.ª ed., 1834, p. 250 y sig.

cepciones verdaderas; y hé aquí como se trata de conciliar esta asercion con el desenvolvimiento del derecho romano.

Antes de que el pretor, por medio de sus excepciones, hubiese permitido á la *æquitas* templar el rigor del antiguo derecho civil, la equidad no tenía absolutamente influencia alguna sobre el derecho (*d*). Esta hipótesis nos presentaría al pueblo romano durante algunos siglos en un estado de elevacion ó de rebajamiento moral igualmente incompatible con la verosimilitud histórica. ¿Cómo creer, en efecto, que durante un tiempo tan largo, no hubiesen conocido los Romanos ningun ejemplo de la mala fé, á la cual se opuso más tarde la *doli exceptio* y otras vías de derecho semejantes? ¿O bien, si la mala fé existía entónces como hoy, como admitir que los hombres honrados, comprendiendo á los magistrados en esta clase, no lo hubiesen notado, ó no hubiesen sabido protegerse unos y otros, ántes de que un pretor hubiese inventado las excepciones? La verdad es, por el contrario, que la *æquitas* ha sido siempre reconocida y ha encontrado proteccion aún bajo el imperio de las *legis actiones* (*e*). La innovacion que en esta materia debe atribuirse al pretor consiste en dos cosas: primero, las excepciones, forma de procedimiento tan cómodo, tan apropiado á su objeto, y que es necesariamente posterior á la introduccion de las *formulæ* (§ 226, *m*); segundo, el desenvolvimiento más completo y más satisfactorio de las reglas del derecho relativas á la *æquitas*. El edicto y más tarde los trabajos de los jurisconsultos, ejercieron, pues, aquí, como sobre las demás partes del derecho, su bienhechora influencia.

Veamos de que manera se relaciona la doctrina que combato con los tiempos posteriores del derecho romano (*f*). Las excepciones no conservaron largo tiempo su carácter primitivo; éste se fué modificando desde que se comenzó á considerar el derecho pretoriano como un *jus* propiamen-

---

(*d*) Albrecht, p. 3, 4, 5.

(*e*) Respecto al procedimiento del tiempo de las *Legis actiones*, no sabemos más que lo que nos enseña el manuscrito de Gayo, y esto se reduce á bien poca cosa; pero encontramos en Plauto el indicio de que para conseguir el objeto á que más tarde se aplicó la *doli exceptio*, se empleaba una *sponsio* forzada, es decir, la forma jurídica de que los antiguos Romanos hicieron tanto uso, y que aplicaban á los más diversos fines. Véase Zeitschrift, für gech. Rechtswissenschaft, t. X, p. 248.

(*f*) Albrecht, p. 52, 72, 82 y sig., 108 y sig.

te dicho, las excepciones desaparecieron por completo con el *ordo judiciorum*, y entre éstas y los otros medios de defensa que resultaban del derecho civil, el pago, por ejemplo, no tuvo ya ninguna diferencia. El lenguaje de las compilaciones justinianeas que hablan de las excepciones en los mismos términos que los antiguos jurisconsultos, no responden á nada real, y sólo se explica por la manera que se empleó para formar estas compilaciones. Se conservaron las palabras de los antiguos tiempos, pero las ideas no existían.

Aunque rara vez se encuentra expuesta esta doctrina de una manera tan completa, la mayor parte de los autores parecen estar de acuerdo en cuanto á considerar el principio de las excepciones romanas como inaplicable al derecho actual, y como debiendo ser reemplazado por un principio mas ámplio *(g)* Pero sólo concuerdan en la parte negativa de esta proposicion; de ningun modo en cuanto al nuevo principio que deba sustituirse al antiguo; y esta diversidad de opiniones es un obstáculo que impide fijar una base sólida al derecho de procedimientos. Muchos llaman excepcion á todo medio de defensa que resulta de una modificacion en la relacion de derecho originaria, y á los demás medios de defensa. *(h)*.

Otros llaman excepcion á aquella en que el demandado debe suministrar la prueba, lo cual comprende la negacion absoluta y la relativa (la enajenacion mental de una de las partes, el pago), segunda definicion que es todavía más extensa que la primera *(i)*.

Voy á hacer algunas observaciones propias para conciliar las opiniones diversas en esta materia. Dos puntos me parecen importantes en la teoría del derecho romano, objeto de esta obra: el resúmen de las diversas clases de defensas posibles (225), y la conservacion de las *excepciones romanas*, sin ninguna modificacion en la fraseología usada por

(g) Mühlenbruch, I, § 137; Thibaut, § 73, Mackeldey, § 200, *b*; Linde, en Linde's Zeitschrift, t. I, p. 148 y sig. Entre los autores modernos el que se aproxima más á mi opinion es Kierulff, Theorie, I, p. 175 y sig.

(h) Bayer, Civilprozesz, p. 256. Segun este autor, la prescripcion, el pago, la novacion dab n lugar á verdaderas excepciones, pero no el Sc. Macedoniano y Veleyano.

(i) Albrecht, § 38 y principalmente p. 190, 205, 206.

los Romanos. En cuanto al primer punto, trátase de saber si mi resúmen es completo y exacto. Si no lo es, debe rectificarse, pero admitida su exactitud debe considerársele como la base de la indagacion que nos ocupa, base no ménos indispensable para la teoría del derecho romano que para el procedimiento actual. La misma necesidad resulta para una que para la otra materia; no existe aquí conflicto de intereses, tratándose del dominio de la ciencia. En cuanto al segundo punto, la conservacion del principio de las *excepciones* romanas bajo su nombre especial es tan necesaria para la teoría del derecho romano, como la conservacion del sistema de las acciones romanas y del tecnicismo que á ellas se refiere (§ 224). En efecto, si se abandonase cualquiera de estos elementos sería imposible penetrar el espíritu de los principios y de las reglas del derecho romano, y había que renunciar á la inteligencia de las fuentes. Esta exigencia es aún más imperiosa para las excepciones que para las *actiones* y *condictiones*, porque éstas se hallan ménos estrechamente ligadas con la naturaleza íntima y permanente de los principios del derecho. Es evidente que la teoría del procedimiento actual no está interesada en la conservacion de las excepciones romanas; pero no es cierto, como pretenden varios autores, que esta teoría tenga un interés opuesto y que reclame la abolicion completa del principio de las excepciones romanas. Como este asunto es de gran importancia, trataré de desarrollarlo convenientemente.

No pretendo, en manera alguna, que la doctrina del derecho romano referente á las excepciones deba ejercer ninguna influencia directa sobre el derecho actual de procedimiento y usurpar su dominio. Sin embargo, para reconocer su independencia respectiva, es preciso pasar revista á las diversas instituciones procesales con las que las excepciones se encuentran en contacto.

Una de las cuestiones más importantes es la relativa á la obligacion de la prueba. Todo el mundo reconoce que el motivo de las excepciones debe ser fijado por el demandado (*k*), y tal es el sentido de la regla: *rem in exceptione actor est* (*l*); en este punto se aplican las mismas restricciones que

(*k*) L. 19, pr., L. 9, de prob. (XXII, 3), L. 25, § 2 id. (nota *a*).
(*l*) L. 1, de exc. (XLIV, 1). L. 19, pr., de prob. (XXII, 3).

en lo tocante á las pruebas que están á cargo del demandante. Así, pues, cuando éste, admitiendo en términos generales el motivo de la excepcion, trata de rechazarla, alegando circunstancias particulares, á él le toca justificar la verdad de esta alegacion (*m*). Por otra parte, nadie ha pretendido que *sólo* en el caso de las excepciones romanas, esté la prueba á cargo del demandado; todo el mundo, por el contrario, concuerda en reconocer que el demandado debe probar igualmente toda clase de negacion relativa: por ejemplo, el hecho del pago (*n*). Así, en lo que toca á la obligacion de la prueba, el derecho actual, no difiere del derecho romano. Las cuestiones prácticas más importantes relativas á esta materia no traen ningun nuevo elemento á la controversía, ó, al ménos, las que pueden presentarse son independientes de la extension que se deba dar al principio de las excepciones. No encontramos, pues, en las reglas sobre la organizacion de la prueba nada que deba hacernos modificar el principio de las excepciones establecido por el derecho romano.

Existen varios medios de defensa que debe presentar el demandado, se dice, ántes del principio del proceso (*litis ingressum impedientes*), y que, de este modo, forman el asunto de una discusion preliminar, anterior á la discusion principal. Esta forma de procedimiento, y la designacion de varias excepciones que á ella respectan, es extraña al derecho romano. Si no se cuestionaban los hechos litigiosos, el pretor pronunciaba siempre sentencia directamente; si se cuestionaba sobre dichos hechos, y fuese necesario suministrar la prueba, el pretor nombraba siempre un *judex* (§ 226, *h*), cualquiera que fuese la distincion referida; pero se vé, al ménos, que el sostenimiento ó el abandono del principio de las excepciones romanas no tiene ninguna influencia sobre la cuestion.

Ordinariamente deben presentarse las excepciones en el momento de la *litis-contestatio*; varias pueden serlo más tarde, y tambien algunas hasta el momento de la ejecucion.

(*m*) L. 9, de prob. (XXII, 3).

(*n*) L. 12, L. 25, § 2, de prob. (XXII, 3): «... secundum generalem regulam, quæ eos, qui opponendas esse exceptiones adfirmant, *vel solvisse debita contendunt*, hæc ostendere exigit.» La forma disyuntiva señala aquí perfectamente la diferencia entre ambas clases de aplicacion.

En este punto, el derecho actual se separa mucho del romano. En éste, cuando se trataba de una accion libre, el *judex* debía tener en cuenta todas las excepciones, áun aquéllas que no se habían aducido ante el pretor, esto es, en el momento de la *litis-contestatio*. Tratándose de una accion rigurosa, la excepcion no era válida sino cuando se había mencionado en la fórmula y se había presentado, por consiguiente, ante el pretor; pero el que faltaba á esta formalidad obtenía fácilmente una restitucion (*o*). En cuanto á las negaciones relativas, podían ser siempre presentadas ante el *judex*, cualquiera que fuese la naturaleza de la accion, y aunque no se hubiese hablado de ella ante el pretor. El procedimiento actual tiene, pues, sobre este punto, reglas nuevas y más rigurosas, aunque no restringidas á los casos de las excepciones romanas. Por consiguiente, la mayor ó menor extension del principio de las excepciones no tiene aquí ninguna influencia sobre la modificacion del derecho procesal.

Cuestion muy controvertida es la de saber hasta que punto las excepciones que no se han presentado por el demandado pueden ser suplidas *officio judicis*. Por *Officium judicis* se significaba entre los Romanos lo que el *judex* podía y debía hacer fuera de los límites trazados por la fórmula del pretor; y sabemos que el *judex* debia tener en cuenta todas las excepciones, si la accion era libre, y solamente las mencionadas en la fórmula, si la accion era rigurosa. Hoy se entiende por *officium judicis* lo que el juez hace por su propio impulso sin ser requerido por ninguna de las partes. Debemos, pues, atribuir, sobre este extremo, una gran libertad al procedimiento oral de los romanos; es evidente que el pretor y el *judex* dirigían á las partes todas las preguntas que juzgaban convenientes. Nuestro procedimiento escrito tiene reglas más rigurosas; sin embargo, se pretende que ciertas excepciones deben ser suplidas por el juez (*p*).

(*o*) Gayo, IV, § 125, L. 2, C. Sent. rescindi (VII, 50), L. 8, C. de except. (VIII, 36).

(*p*) Albrecht, p. 130, pretende que la cuestion no tiene interes alguno en la práctica, porque el juez no puede hacer uso de los hechos que conoce personalmente, y el demandante se guardará muy bien de alegar hechos que pudieran motivar una excepcion. Pero la excepcion de prescripcion se funda en un simple cálculo; la del Sc. Veleyano resulta

Tambien en esta materia la mayor ó menor latitud concedida á los poderes del juez es en absoluto independiente de la extension del principio de las excepciones.

Con arreglo á todas estas consideraciones parece que el partido más prudente sería, cuando se habla de la teoría del derecho romano, tomar siempre la palabra excepcion en el sentido que le dan las fuentes; y cuando se hable de la teoría del procedimiento, no dar tampoco á la palabra excepcion otro sentido que el puramente romano, procurando sustituirla con otras expresiones equivalentes, tales como *oposicion*, *medio de defensa*, etc. La necesidad más apremiante para la teoría del procedimiento, es que se establezca un acuerdo sobre las reglas del derecho. En tanto que no se llegue á este deseado fin, vale más evitar, en cuanto sea posible, las expresiones técnicas que tienen una significacion precisa, pues su oficio es significar una idea clara y hacer constar el asentimiento que obtiene; de modo que en tanto que falten estas circunstancias, el empleo de dichas expresiones técnicas sólo sirve para disimular el mal y apartarse del remedio. Principalmente, deben evitarse aquéllas que se han creado arbitrariamente como *exceptio juris* y *facti*, cuya aparente autenticidad puede inducir á engaño y que, desde hace largo tiempo, tanto han contribuido á mantener y acrecentar la confusion de las ideas.

§ CCXXIX. *Réplicas, dúplicas, etc.*

La posicion respectiva de las partes, tal como acaba de ser descrita con motivo de la demanda y de la contestacion, es susceptible de ulteriores desarrsllos.

Cuando la defensa consiste en una excepcion y tiene por consiguiente, como la demanda, una naturaleza independiente, el demandante posee para rechazar la excepcion los mismos medios que el demandado para rechazar la demanda (§ 225); así, el demandante puede negar en absoluto el derecho que sirve de base á la excepcion (negacion absoluta), ó pretender que ha sido posteriormente anulado (negacion relativa), ó bien, en fin, invocar para destruirla otro derecho independiente.

---

indicada por la designacion personal de aquélla cuya fianza se persigue y cuyo sexo no puede ocultar el demandante.

Se llama *replicatio* esta última especie de defensa, y se la define como una *exceptionis exceptio* (*a*), definicion que debe tomarse á la letra y que es rigurosamente verdadera. En efecto, la excepcion hubiera debido hacer ganar el pleito al demandado, y la réplica introduce una excepcion á esta marcha natural de las cosas. La redaccion de las fórmulas romanas hace resaltar perfectamente esta redaccion. Así, el pretor, despues de haber mandado al judex condenar, si se justifica la *intentio*, restringe primero este mandato, prescribiendo la absolucion en el caso en que la exceptio fuese fundada. Despues viene una nueva reserva para el caso en que los hechos alegados en la *replicatio* fuesen verda deros, en cuyo caso el *judex* debe condenar.

Esta relacion se expresaba por las palabras *aut si*, insertas en la fórmula de la manera siguiente: Cuando por ejemplo, con motivo de la reivindicacion de un inmueble, oponía el demandado la excepcion de un contrato de arrendamiento, el demandante podía replicar que este contrato estaba viciado de fraude, y por consiguiente, no era obligatorio. «Si paret, fundum de quo agitur Agerii esse, judex Negidium condemna, si ab Agerio fundus locatus Negidio non sit, *aut si dolo Negidii factum sit, quo magis locaretur*. Es decir, debe pronunciarse la condena si no existe el contrato de arrendamiento alegado *ó si existiendo fuera el resultado de un fraude* (*b*).

Las réplicas, de igual manera que las excepciones, estaban fundadas, ya en el derecho civil (*c*), ya en el derecho pretoriano (*d*).

(*a*) L. 2, § 1, de exc. (XLIV, 1): «Replicationes nihil aliud sunt quam exceptiones, et a parte actoris veniunt.....» L. 22, id:, «Replicatio est contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio.» V. Gayo, IV, § 126-129, tít. Inst. de replic., IV, 14.

(*b*) Véase el último ejemplo en Gayo, IV, § 126, y además L. 48 de proc. III, 3), L. 32, § 2, ad Sc. Vell. (XVI, 1), L. 154, de R. J. (L. 17). Los textos que se expresan negativamente, por ejemplo, la L. de re jud. (XLIV, 1): « at si res judicata non sit,» no contienen más que el resúmen de la *replicatio* y no citan textualmente la fórmula del pretor, como ya he observado, con motivo de diversas excepciones (§ 226, *a*). Trátase magistralmente este punto en Keller, Litis contestation, p. 330-340.

(*c*) Mandati replicatio en la L. 48, de proc. (III, 3), Sc. Vellejani en la L. 32, § 2, ad Sc. Vell. (XVI, 1).

(*d*) Doli replicatio en la L. 154, de R. J. (L. 17), pacti en Gayo V, § 126.

Esta misma relacion puede repetirse en sentido inverso, y esta repeticion continuarse indefinidamente por el pensamiento. En efecto, si se pregunta como se defiende el demandado contra una réplica, la respuesta es siempre la misma; puede oponer una negacion absoluta ó relativa, ó invocar un derecho nuevo é independiente. Esta última especie de defensa se llama *duplicatio* por Gayo y las Instituciones; despues viene para la otra parte la *triplicatio*, y así hasta el infinito *(e)*. Gayo asegura que en la vida real esta complicacion va algunas veces más allá de la *triplicatio* *(f)*. Sin embargo, las verdaderas dúplicas no son ya comunes, sino muy raras, y acaso no se den ejemplos de *triplicationes* y de *quadruplicationes*.

La fraseología que acabo de exponer no estaba generalmente reconocida entre los romanos. Los que la adoptan admiten tácitamente la accion y la excepcion como base del debate judicial, de manera que solamente se designan por cifras las al gaciones y defendas subsiguientes. En este caso, aparece en primera línea la *replicatio*; en la segunda la *duplicatio* presentada por el demandado, y así sucesivamente. Pero natural era tambien, y más natural que lo anterior, el considerar la accion como la única base del proceso, y designar por medio de cifras las alegaciones y defensas posteriores. Entónces venían: 1.°, la *exceptio;* 2.°, la respuesta del demandado, que podía llamarse, indiferentemente, *replicatio* ó *duplicatio* *(g)*; 3.°, la respuesta del demandado, que debía llamarse entónces *triplicatio*, y así en adelante. Esta doble manera de expresarse ha sido oscurecida en las fuentes del derecho, por el celo mal entendido

---

(e) Gayo, IV, § 127-129, § 1, J. de replic. (IV, 14). El mismo lenguaje vemos empleado por un jurisconsulto, cuyo nombre nos es desconocido en los Frag. Vat. § 259. Las cosas *mancipi* habían sido donadas y no mancipadas; por consiguiente, no había lugar á la usucapion. Cuando los herederos del donante reivindicaban estas cosas, á la excepcion resultante de la donacion invocada por los donatarios, oponían la *replicatio L. Cinciæ*. Pero habiendo muerto el donante sin haber revocado su liberalidad, esta réplica se rechazaba por la *doli duplicatio,* expresamente nombrada en nuestro texto.

(f) Gayo, IV, § 129. De igual modo, Ulpiano, en la L. 2, § 3, de exc. (XLIV, 1).

(g) *Duplicatio* y *triplicatio* se derivan de los números; no así la *replicatio*. No debe aplicarse esta diversidad de lenguaje á las excepciones y creer que se hayan llamado nunca *replicationes*.

de los copistas que han querido referir todos los textos á la fraseología, por otra parte auténtica, de las Instituciones. Citaré, como ejemplo, un texto de Ulpiano donde el manuscrito de Florencia dice simplemente: sed et contra replicationem solet dari *triplicatio (h)*, y tambien un texto de Juliano *(i)*.

Las réplicas y las dúplicas se prestan, en cuanto á sus fundamentos y en cuanto al empleo de las expresiones técnicas, á los mismos errores señalados en la materia de las excepciones. Estos errores, sin embargo, no se han extendido, lo cual se explica por la poco frecuente aplicacion y la importancia secundaria de estas instituciones.

No debo olvidarme de mencionar aquí otra diferencia de lenguaje igualmente aplicable á las excepciones que á las replicas, etc. He dicho, hablando de las acciones, que podían ser consideradas bajo dos aspectos: en cuanto á la fórma, y esto pertenece al procedimiento; en cuanto al fondo, asunto que corresponde al sistema del derecho material (§205). Estas dos relaciones se distinguen en el derecho, actual bajo el nombre de acto, de demanda y derecho de accion. El último es el que pertenece á mi propósito. El mismo contraste se reproduce en cuanto á las excepciones, las réplicas, etc., y así debemos distinguir el acto de la excepcion y la excepcion considerada como derecho perteneciente al demandado. Pero como estos medios de defensa son muy numerosos (§ 225), y no puede haber un acto especial de procedimiento para cada uno de ellos, se les ha reunido naturalmente en un solo y mismo acto que, por su carácter más iudividual, ha sido llamado acto de excepcion. Así, pues, no es una inconsecuencia por mi parte, ni una vuelta á la doctrina combatida anteriormente respecto al principio de las excepciones, el reconocer que la defensa motivada en

---

(*h*) En el mismo lugar se lee en la Vulgata: Sed et contra replicationem solet dari *duplicatio, et contra duplicationem* triplicatio: evidentemente con el fin de evitar la contradiccion con las Instituciones.

(*i*) L. 7, § 1, 2, de curat. fur. (XXVII, 10). Aquí el manuscrito de Florencia y la Vulgata concuerdan en poner *triplicatio* inmediatamente despues de *replicatio,* sin colocar en el intervalo una *duplicatio* distinta; de manera que, evidentemente en este texto, *replicatio* y *duplicatio* son sinónimas; pero este último término no se emplea nunca. Todo resulta bien claro; si en lugar de decir: Sed an *replicatio,* se lee en la Vulgata: *Sed an triplicatio.* Este texto lo explica perfectamente, Keller, págs. 335-341.

el pago está bien incluida hoy en el acto de excepcion. En efecto, debería considerarse como suficiente un acto excepcionante que se redujese á estas pocas palabras: todas las alegaciones del demandante son falsas, y sin embargo, nadie considerará como excepcion una negacion tan simple y tan absoluta. En su consecuencia, acto de excepcion en el lenguaje del procedimiento moderno, no designa un acto cuyo contenido lo formen las excepciones, sino un acto en que éstas, cuando en él existen, se colocan regular y convenientemente.

Lo dicho se aplica igualmente en el actual procedimiento á las denominaciones de réplicas, dúplicas, etc. Estas designan ciertos puntos determinados en el curso del procedimiento, habiéndose elegido dichos nombres, porque en estos puntos encuentran su lugar las verderas réplicas y dúplicas, cuando realmente existen. Empléanse, pues, estas expresiones claras y precisas para no recurrir á circunlocuciones más abstractas. Lo que he dicho ántes sobre la rareza de las verdaderas duplicationes y triplicationes, no es aplicable á los actos de procedimiento designados con estos nombres, porque en el procedimiento ordinario la dúplica forma parte esencial de una instancia completa. El interés ó el capricho de las partes pueden dar lugar á triplicar y á cuadruplicar y áun quintuplicar y sextuplicar si el juez autoriza su produccion.

Aunque estos términos del procedimiento actual no tengan ninguna relacion íntima y necesaria con las opiniones ántes criticadas sobre el principio de las excepciones, debe reconocerse que estos términos técnicos del procedimiento, han contribuido mucho á la aparicion de falsas doctrinas sobre el principio de las excepciones.

§ CCXXX. *Extincion del derecho de accion. Revista sumaria. La muerte.*

De diferentes maneras puede el derecho de accion, como clase especial de derecho, cesar de pertenecer á las personas á quienes correspondía en su orígen. En primer lugar, puede el expresado derecho continuar subsistiendo, pero en poder de otras personas; en segundo lugar, tambien puede extinguirse de una manera absoluta.

El derecho de accion puede ser trasmitido á otras personas: 1.° por la cesion; 2.° por la muerte. La cesion pertenece por su naturaleza jurídica á la teoría de las acciones, porque si bien es aplicable á las más diversas clases de derecho, tiene siempre por objeto una accion que ejercitar. Pero, considerada bajo su aspecto práctico, es decir, con relacion á su valor en la vida real, la cesion pertenece con preferencia al derecho de las obligaciones, y sólo puede ser expuesta completamente en la parte especial del tratado concerniente á esta materia. La muerte no determina siempre la trasmision del derecho de accion á otras personas; en muchos casos es causa de la extincion completa del referido derecho.

La extincion del derecho de accion es susceptible de diversos grados; hé aquí un cuadro general del asunto.

1) Extincion del mismo derecho que sirve de base á la accion, la cual tenía por objeto la persecucion de tal derecho.

Ejemplos: cuando el animal reivindicado perece por accidente; cuando se paga la deuda reclamada, pues el pago disuelve la obligacion misma.

2). El demandante cuya accion tenía por objeto la proteccion de sus derechos, obtiene satisfaccion de otra manera.

Ejemplo: cuando una circunstancia accidental pone al propietario en posesion de la cosa que era objeto de una reivindicacion ó de una condictio (*a*).

3) No es satisfecho el demante, pero cesa la violacion del derecho por que viene á sustituir otra persona al demandado primitivo.

Ejemplo: cuando el poseedor de la cosa de otro pierde la posesion de la misma, que el propietario reivindicaba contra él.

4). Se extingue únicamente el derecho de accion sin que sobrevenga modificacion alguna en el derecho mismo, ni en la violacion del derecho.

Este es el caso de la prescripcion de las acciones.

Estos diversos modos de existincion se refieren al derecho de accion como tal, en la hipótesis de una violacion, pero sin haber entablado todavía procedimiento alguno judicial (§ 204); de ellos únicamente he de ocuparme en este

(*a*) L. 54, § 3, de furtis (XLVII, 2).

lugar. En cuanto á las extinciones que pueden sobrevenir en el curso del debate judicial, por ejemplo, á consecuencia del juicio, las expondré más adelante.

Entre los modos citados de extinguirse el derecho de accion, los que exigen una indagacion especial son los siguientes:

I. La muerte.
II. El concurso de las acciones.
III. La prescripcion de las acciones.

I. *La muerte.*

He dicho más arriba que si llegaba á morir el titular de un derecho de accion, ó aquél contra el cual se ejercitaba el derecho de accion, unas veces pasaba á otras personas, otras veces se extinguía completamente. Veamos ahora cuales son las condiciones de esta trasmision ó de esta pérdida, para lo cual tendremos que examinar la trasmision dicha con relacion al *demandante* y con relacion al *demandado*.

Con relacion al primero, es decir, activamente, la mayor parte de las acciones se trasmiten por sucesion, y pueden considerarse como raras excepciones las que no pasan á los herederos.

Las acciones que se fundan en las relaciones de familia no pasan á los herederos, porque estas relaciones son por su carácter de una naturaleza enteramente individual, y, consiguientemente, el derecho que constituye el objeto de la accion termina por completo con la vida del titular. Este principio, sin embargo, solamente se aplica á las relaciones naturales de la familia, como el matrimonio, el poder paterno, el parentesco; pues en lo que toca á muchas relaciones artificiales que se refieren á los bienes, el mismo derecho pasa á los herederos, y la trasmision de la accion no experimenta en tal caso dificultad alguna *(a)*.

La mayor parte de los derechos de este órden relativos á la capacidad jurídica, la enumeracion de los cuales queda hecha en otra parte de la óbra (*b*) y que ofrecen un carácter

---

(*a*) Véase t. I. § 57.
(*b*) Véase t. I. § § 71 y 74.

de anomalía, no pasan á los herederos. En efecto, no teniendo su base en el derecho de bienes, sino en una relacion puramente individual, el derecho mismo y de igual modo la accion que lo protege no podría pertenecer á los herederos. Citaré como ejemplo, la accion de injurias, cuya esencia es la *vindicta*, es decir, una pena establecida en interés de la persona lesionada, y aunque esta pena consista en una suma de dinero, semejante circunstancia accidental no cambia el carácter de la accion *(c)*. Pero existen ciertas acciones que acaso por puro accidente, no figuran en la enumeracion de los derechos que acabo de mencionar (nota *b)*, y que sin embargo, tienen idéntica naturaleza. Estas son las siguientes: La *actio in factum de calumnia*. Cuando se entrega una suma de dinero ó una cosa que tenga valor venal para suscitar ó impedir injustamente un proceso, aquél que experimenta el perjuicio puede reclamar á título de pena, el cuádruplo de la suma de este modo recibida ilicitamente. Esto constituye una *vindicta*, á la que el heredero de la parte lesionada no tiene derecho alguno. Pero si el difunto mismo había dado el dinero para evitar un proceso, su heredero podría reclamar dicha suma por vía de *condictio*, lo cual difiere completamente de la accion que tiene por objeto la *vindicta (d)*. B). La accion para reclamar daños y perjuicios por la violencia que ha impedido dar sepultura á un muerto. Esta accion no pasa á los herederos del que ha sufrido la violencia. Gayo, que presenta esta regla como incontestable, la califica de singular porque la accion tiene únicamente por objeto una indemnizacion pecuniaria. *(e)*. Pero si bien debe tenerse en cuenta la indemnizacion debida para construir en otra parte la tumba, esta indemnizacion no es más que una parte, y una parte muy secundaria del perjuicio cuya reparacion se reclama *(f)*: el punto capital en

---

(c) Véase t, I. 73,

(d) L, 4. de calumniat. (III, 6),

(e) L, 9, de relig. (XI, 7): «Unde minor, *quare constare videatur*, neque heredi, neque in heredem dandam actionem». Así, pues, Gayo reconocia el *constare videri*.

(f) L. 9, de relig. (XI, 7): «Per quam consequitur actor, *quanti ejus interfuerit*, prohibitum non esse: *in quam computationem cadit* loci empti pretium, aut conducti merces....». Esta indemnizacion se encuentra, pues, comprendida en la accion, pero no era éste el único objeto, ni siquiera el objeto principal de su contenido.

esta accion es el insulto hecho á la memoria del difunto (*g*); y hé aquí por que dicha accion, como la de injuria propiamente dicha, tiene por objeto principalmente la *vindicta* (*h*). Confírmase además lo dicho por una accion muy semejante, pero cuyo carácter está más claramente expresado, la *actio sepulchri violati* (*i*) que figura ya en la lista de los derechos que tienen por objeto la *vindicta* (§ 73 C). La accion para revocar una donacion por causa de ingratitud, accion que no pasa á los herederos del donante (§ 169, *b*). Esta regla cae tambien bajo el principio de la *vindicta*; el derecho á los bienes reclamados sólo figura aquí como medio (*k*). D). Citaré todavía la *morum coercitio*, es decir, la *actio* de *moribus* y la *retentio propter mores* en el caso de inmoralidad de un esposo (*l*). Estas instituciones, abolidas por el derecho justinianeo, no tienen, evidentemeute, otro objeto que la *vindicta*.

Gayo cita equivocadamente entre las excepciones positivas de la trasmisibilidad del derecho de accion, la que pertenece al *adstipulator* (*m*). Sin embargo, él mismo nos dice que la relacion entre el acreedor y el *adstipulator* descansa siempre sobre un mandato (*n*); pero como el mandato no pasa nunca á los herederos del mandatario, los herederos del *adstipulator* no pueden nunca ejercitar la accion resultante de la estipulacion para hacer efectivo el contrato; por consiguiente este caso no es una excepcion especial á la regla sobre la trasmision de las acciones.

El número de las que no pasan á los herederos es mucho más considerable con relacion al demandado que con relacion al demandante.

(*g*) L. 6, C. de sepulchro viol. (IX, 19): «Cum sit injustum, *injuriam* fieri reliquis defunctorum ab his, qui debitorem sibi esse mortuum dicendo *sepulturam ejus impediunt*: ne in posterum *eadem injuria* procederet.»

(*h*) Véanse varios de los autores citades por Glüch, t. XI, p. 452, y Kuierulf, Theorie, I, 228.

(*i*) L. 3. § 8 de sepulchro viol. (XLVII, 12) «Qui de sepulchri violati actione judicant, æstimabunt, *quatenus intersit*: scilicet *ex injuria* quæ facta est... vel *ex damno* quod contigit.» Aquí se presentan, como partes constitutívas del interés, la injuria y la pérdida del dinero (nota *f*); la omision de la injuria es puramente accidental, porque realmente, no hay ninguna diferencia entre ambas acciones.

(*k*) Véase Kierulf, Theoríe, I, 228.

(*l*) L. 15. sol. matr. (XXIV. 3).

(*m*) Gayo III, § 114, IV, § 113.

(*n*) Savigny Recht des Besitzes § 28.

Las acciones personales que resultan de los contratos y de los cuasi contratos pasan á los herederos del demandado. Las acciones penales bilaterales no se ejercitan nunca contra los herederos del mismo. Las unilaterales y mixtas, si se ejercitan contra los herederos, pero solamente en la proporcion del beneficio que les reporta el delito (§ 211).

Las *in rem actiones* no se ejercitan contra los herederos del demandado. En cuanto á las acciones que resultan de la propiedad, de un *jus in re*, ó de un derecho de sucesion, hay que tener en cuenta que suponen siempre en la persona del demandado una posesion efectiva y actual; ahora bien, la posesion no se adquiere por la simple trasmision de un derecho de sucesion (*o*); luego cuando el heredero del poseedor no se encuentre accidentalmente en posesion de la cosa, la accion no se ejercita contra él. Pero si ha adquirido dicha posesion, puede ser perseguido, no como heredero, sino como poseedor personal. En el caso en que aquél á quien se hereda hubiese abandonado fraudulentamente la posesion, podría ejercitarse la accion, como penal unilateral, contra el heredero; pero entónces no tiene más que la forma y el nombre de una *in rem actio*; en realidad es una accion personal resultante de un delito (*p*). Las acciones confesorias y negatorias no suponen la posesion en la persona del demandado, pero implican la existencia de un hecho que puede asimilarse á una violacion, y no cabe sostenerse que el hecho así caracterizado se trasmita á los herederos.

Las acciones que resultan de las relaciones de familia no pasan á los herederos del demandado ni á los del demandante, porque la relacion jurídica que protejen nada tiene de comun con los bienes, ni por consiguiente, con su trasmisibilidad á los herederos.

Las reglas que acabo de exponer, experimentan grandes modificaciones cuando al derecho de accion se añade la *litis contestatio*. De estas modificaciones trataré en el tomo siguiente.

La cuestion de la trasmision á los herederos tratada con

(*o*) Savigny Rescht des Besitzes. § 28.
(*p*) Así resulta de la L. 52, 55, 42 de rei vind. (VI, 1.

motivo de las acciones, es igualmente aplicable á las excepciones, y ya por adelantado lo indiqué hablando de las *exceptiones personæ cohærentes* (§ 227). En este punto tambien la trasmision constituye la regla; pero los casos excepcionales no pueden sujetarse como respeto de las acciones, á principios generales.

§ CCXXXI. *Extincion del derecho de accion II.—Concurso. Inroduccion.—Fraseología.*

Donelo, lib. XXI, cap. 3.

Thibaut, Concurrenz der Klagen (Civilist. Abhaudlungen, 1814. Num. IX.) (G. J. Ribbentrop zur Lehre von der Correal.—Obligationen; Göttingen, 1831, 8. (Este libro no sirve á mi proposito más que de una manera parcial é índirecta, pero es de una grande importancia para la fijacion de los verdaderos principios sobre la materia.

El concurso de las acciones ha sido considerado por los autores modernos de una manera tan diversa que apenas se creería que tratan del mismo asunto. Aquí las divergencias no influyen, como en la mayor parte de las materias, sobre el resultado de la indagacion, es decir, sobre la solucion del problema, sino, mas bien, sobre el sentido y la posicion del problema mismo.

Puede formularse la cuestion que nos ocupa en los siguientes términos: cuando hay coexístencia entre varias acciones, cuál es su influencia sobre la eficacia de cada una de ellas? A primera vista se observa que esta influencia no podría tener lugar sin un lazo de dependencia que determine entre estas diversas acciones una identidad total ó parcial. Ahora bien, ¿en qué consiste la identidad susceptible de semejante influencia? Hé aquí las diversas relaciones en que pudiera fundarse: el orígen comun de las acciones; la semejanza de naturaleza, significada por un nombre comun; la identidad de las personas entre las cuales se ejercita la accion; un objeto comun. Por el contrario, preciso sería decir que la diversidad de orígen, ó del nombre de las acciones, de las personas ó del objeto, destruye toda identidad entre estas acciones, y que por consiguiente, en este caso, ninguna de ellas puede tener influencia sobre la eficacia de la otra. El exámen de las diferentes relaciones po-

sibles, enunciadas nos mostrará que las tres primeras no tienen realmente influencia alguna y que la última, á saber la comunidad de objeto entre varias acciones, es la única que determina la identidad y en su consecuencia motiva la influencia expresada.

I. La paridad ó la diversidad de orígen entre várias acciones es del todo indiferente para la cuestion que nos ocupa *(a)*.

La ofensa dirigida á una mujer casada engendra, por este solo y único hecho, dos relaciones jurídicas; una injuria contra la mujer, y otra injuria contra el marido, ninguna de cuyas dos acciones limita la eficacia de la otra. El robo engendra una *condictio* y una accion penal, la *furti actio*, cada una de las cuales subsiste independiente de la otra *(b)*. Cuando, por el contrario, ha sido robado un animal, y en seguida muerto por el ladron, las acciones que resultan de estos dos delitos tienen un orígen enteramente diverso (*c*); pero, en lo que toca á la reparacion del daño, la una es absorbida por la otra *(d)*.

(*a*) Algunas veces la semejanza de orígen no es más que aparente. Así, cuando un caballo alquilado es muerto por el locatario, este hecho sólo da lugar á la *actio L. Aquiliæ*; la *locati actio* resulta del contrato de arrendamiento. Con relacion á esta última accion, la muerte del caballo es simplemente un hecho que no dispensa al locatario de restituir la cosa.

(*b*) La L. 1, § 22, de tutelæ (XXVII, 3): «ut quis dicat *plures esse actiones ejusdem facti,*» se refiere á un hecho que tiene muy diferentes consecuencias jurídicas. (El texto trascrito expresa una opinion hipotética, condenada por el autor.) De igual manera la L. 9, C. de acus. (IX, 2): «*Si ex eodem facto plura crimina nascuntur*, et de uno crimine in accusationem fuerit deductus, de altero non prohibetur ab alio deferri.» El sentido de este texto resulta de la comparacion con L. 14, de accus. (XLVIII, 2): «Senatus censuit, ne quis *ob idem crimen pluribus legibus* reus fieret.» Trátase aquí de un hecho que sólo tiene una consecuencia jurídica, pero que se castiga por diversas leyes penales sucesivas; y se dice que la última ley penal sustituye á la antigua, una nueva pena, pero no aumenta una segunda.

(*c*) A un caso semejante, donde concurren dos hechos materiales diferentes, se refieren las L. 76, § 1, inf. de furtis (XLVII, 2): «...quia *ex diversis factis* tenentur.» L. 32, § 1, ad L. Aquil (IX, 2): «. .duo enim sunt *delicta*.» L. 48 id. «...quia *alterius et alterius facti* hæ res sunt.»

(*d*) L. 2, § 3, de pr. delictis (XLVII, 1). Despues de la *condictio furtiva*, la *actio L. Aquilæ* no subsiste más que para la estimacion superior del valor real. De donde resulta: 1.° que dicha accion no puede ser invocada para obtener el simple valor; 2.° recíprocamente, que si la *actio L. Aquil.* se ejercita primero, la *condictio* no subsiste despues.

II. De igual modo, es indiferente para el objeto que nos ocupa que tengan ó no ámbas acciones el mismo nombre. En el ejemplo ya citado de ofensa contra una mujer casada, tanto la accion del marido como la de la mujer es llamada *actio injuriarum*, y, sin embargo, no por eso son ménos independientes.

Por el contrario, el propietario robado tiene contra el ladron la reivindicacion y la *condictio*; y aunque estas dos acciones sean de naturaleza diferente, la una es absorbida por la otra *(e)*.

III. Tampoco tiene influencia alguna el que las personas que figuran en varias acciones sean ó no las mismas.

Cuando entre las mismas personas se verifica, primero un préstamo, despues una venta, y, por último, un contrato de arrendamiento, estos actos dan orígen entre dichas personas á tres acciones, pero del todo independientes.

Cuando, por el contrario, se conciertan dos indivíduos para engañar á otro, este último tiene contra ellos una accion en reparacion de la totalidad del daño; pero una de estas acciones absorbe á la otra, aunque los demandados sean personas distintas.

Sin embargo, aunque indiferente en sí misma, la diversidad de personas merece una atencion particular cuando coincide con la identidad verdadera de las acciones. Más adelante trataré con más detalles de este nuevo punto de vista.

IV. Resta, pues, como única circunstancia decisiva la comunidad, entre várias acciones, del *objeto jurídico* ó del *fin (f)*. Esta comunidad es la que funda la identidad, en virtud de la que una accion tiene influencia sobre la otra. El

---

(e) Así, pues, aunque haya en este caso *diversum genus actionis* ó *aliud genus judicii*, como expresan en otra ocasion la L. 5 y la L. 7, § 4, de exc. rei jud. (XLIV, 2), no se tiene en cuenta esta circunstancia.

(f) No se trata aquí del mismo objeto material. La misma casa ó el mismo caballo pueden dar lugar á diversas acciones que no tengan entre sí ningun punto de contacto. Cuando, por el contrario, tienen varias acciones por objeto la indemnizacion de la misma pérdida ó el recuperar la misma posesion, es *comun su objeto jurídico*. Los siguientes textos confirman esta verdad: § 1, J. de duob. reis (III, 16): «in utraque tamen obligatione *una res vertitur*.» L. 3, § 1 id. (VLV, 2): «cum una sit obligatio, *et una summa est*.»

sencillísimo principio que aquí encuentra aplicacion puede formularse de la manera siguiente: la cosa que hemos obtenido en virtud de una accion, no puede ser reclamada segunda vez por una accion nueva.

Este principio, que parece tan sencillo é incontestable, no lo fué, sin embargo, para los Romanos, al ménos en todas las épocas. Desde luego, puede ser motivo de discusion en muchos casos la cuestin de saber si ámbas acciones tienen efectivamente el mismo objeto. Además, existía en el antiguo derecho romano el principio de la consumacion del procedimiento, principio que daba nacimiento á la antigua *exceptio rei in judicium deductæ* y *rei judicatæ*, y que ejercía gran influencia respecto al concurso de las acciones. Estas dos circunstancias habían suscitado grandes controversias entre los antiguos jurisconsultos mismos *(g)*. Los compiladores quisieron borrar todos los vestigios de la consumacion del procedimiento, institucion abandonada, y de las controversias referidas tratando, en lo que era posible de conseguir este fin por la eleccion de los textos y por numerosas interpolaciones. Esta es la causa de que la exégesis dé en esta materia resultados ménos satisfactorios que en otras.

Antes de seguir el principio en sus aplicacíones particulares, debo hablar de la doctrina adoptada por los autores modernos, y de la fraseología que es su consecuencia, porque se encuentra tan extendida que involuntariamente nuestra memoria la traería á la discusion, perjudicando la claridad de ésta, si no se advirtiese de antemano al lector.

Los autores modernos dan por base á su doctrina la siguiente division del concurso de acciones *(h)*. El concurso es subjetivo (entre las mismas personas), ú objetivo (entre personas diferentes). Este último puede ser acumulativo, electivo, sucesivo, segun que las acciones puedan ser ejercitadas una despues de otra, ó que una sola excluya á las demás, ó que puedan ser todas ejercitadas, pero en un ór-

---

(g) Se encuentra un vestigio evidente de estas controversias, y de las precauciones á que dieron lugar, en la L. 18, § 3, de pec. cons. (XIII, 5): «Vetus fuit dubitatio... Et *tutius est* dicere...» En este punto se tuvo en cuenta precisamente, la consumacion del procedimiento.

(h) Mühlenbruch, I, § 140. Göschen, Vorlesungen, I, p. 418.

den determinado. Una exposicion completa de esta doctrina debería, por tanto, contener las reglas especiales á cada especie de concurso.

No puedo admitir como verdadera la teoría representada por estas expresiones técnicas. Desde luego, debe rechazarse por completo la division principal, ó sea la del concurso subjetivo y objetivo. En efecto, ya se ha visto ántes que para determinar si una accion tiene influencia sobre otra, no es en modo alguno decisiva la circunstancia de que estas acciones se refieran á las mismas ó á diferentes personas. Así pues, una division principal fundada en la diversidad de personas no podía servir de base á la materia del concurso de las acciones. La verdadera influencia que para el concurso tiene esta diversidad será tratada en su lugar oportuno. Podría sentarse la siguiente regla: todo concurso es por su naturaleza objetivo (á causa de la comunidad de objeto) y algunas veces es, al mismo tiempo, subjetivo; sin embargo, vale más evitar por completo estas expresiones que oscurecían el asunto, en lugar de esclarecerlo.

Veamos ahora lo que se entiende por concurso sucesivo. Existen ciertos derechos subordinados los unos á los otros, de manera que una accion debe servir de preparacion para las demás. Así, por ejemplo, una *actio ad exhibendum* es el preliminar de la reivindicacion (*i*); la *hereditatis petitio* se ejercita ántes que la *actio familiæ herciscundæ* (*k*); la reivindicacacion antes que la *actio communi dividundo* (*l*); la reivindicacion ántes que la *confessoria actio* (*m*); la accion contra el deudor principal, ántes que la establecida contra el fiador ó contra el poseedor de la prenda (*n*). Esta relacion entre diversas acciones puede ser producida por causas muy diferentes, sobre cuyo punto no podría sentarse una regla general, puesto que cada caso de esta especie tiene su individual naturaleza; tampoco aparece semejante relacion en íntimo enlace con el concurso de las acciones, por lo

---

(*i*) L. 23, § 5, de rei vind (VI, 1).
(*k*) L. 1, § 1, fam. herc. (X, 2).
(*l*) L. 18, de except. (XLIV, 1).
(*m*) L. 16, de except. (XLIV, 1).
(*n*) A causa de lo que se llama el ***beneficium excussionis.***

que el verdadero carácter de éste resulta oscurecido, en vez de aclarado, por la enunciada comparacion.

Se ha visto el concepto que debe formarse del concurso subjetivo y del sucesivo: réstanos que examinar el concurso acumulativo y el electivo. Tampoco encontramos aquí una especie particular de concurso, pues toda la cuestion se reduce, por el contrario, á saber: si varias acciones que existen simultáneamente son exclusivas la una de la otra. Semejante cuestion puede evidentemente formularse en los siguientes términos: ¿existe entre dos acciones dadas una relacion de concurso electivo ó acumulativo? Mas para emplear esta forma, es necesario ante todo, ámpliar la idea de concurso, añadiéndole la de coexistencia. Sin embargo, esta manera de expresion no esclarece el asunto; y puede decirse con mucha mayor claridad y sencillez: ¿Existe entre dos acciones dadas relacion de concurso? Probablemente no se hubiesen nunca imaginado las voces técnicas que censuro, si no existiesen varios casos en que el concurso no es más que aparente *(o)*. Que sea preciso señalar estos casos, con el fin de no aplicarles las reglas establecidas para el concurso, es evidente; pero nada justifica la pretension de hacer de estos casos una clase particular de concurso.

Por último, varios autores modernos han relacionado con el concurso de las acciones la importante materia de la autoridad de la cosa juzgada, porque, en efecto, la *exceptio rei judicatæ* tal como existe en el derecho romano actual, es tambien aplicable al concurso de las acciones (*p*). Pero

---

(*o*) Tales son, por ejemplo, la *condictio furtiva* y la *furti actio* que resultan del mismo robo, y la accion de injurias del marido y de la mujer, cuando la injuria se ha hecho á ésta. Por otro lado, cuando entre las mismas partes se verifica, primero un préstamo, despues una venta, no hay ni áun apariencia de conexion entre ámbas acciones, ni en semejantes casos se hubiera nunca aplicado la palabra *concurso*. En los primeros casos citados, por el contrario, ámbas acciones parecen tener un solo y único orígen. En realidad, cuando se aplica la designacion de concurso acumulativo se quiere decir: acciones en que hay concurso aparente, pero que, sin embargo, son tan distintas como las que resultan de un préstamo y de una venta. Pero no es lógico presentar como una clase de concurso una simple apariencia, que, por lo demás, debe siempre reducirse á su justo valor.

(*p*) Asi, Tribant, en la obra citada al principio de este parágrafo y Kierulf, Theorie,, I, p. 241 y sig.

no es más que una extension de la que se aplica, cuando se presenta por segunda vez la misma accion, y ambos casos no pueden ser comprendidos aisladámente uno de otro. Es, por tanto, conveníente no abordar este asunto y tratar la autoridad de la cosa juzgada en el lugar que le pertenece y como materia especial.

§ CCXXXII. *Extincion del derecho de accion, II.-Concurso. Primera clase de acciones.—Concurso completo.*

En el § 231 he formnlado este principio general sobre el concurso de las acciones: lo que hemos obtenido en virtud de una accion no puede ser reclamado segunda vez por una accion nueva. Trátase ahora de relacionar este principio con las reglas más generales expuestas en el § 230 sobre la extincion del derecho de accion, despues de haberlo mostrado en sus diferentes aplicaciones.

He dicho ántes que todo derecho de accion se extingue cuando el demandante ha sido ya satisfecho por otro camino que el ejercicio de esta accion; y ahora puede decirse que esto mismo acontece cuando esta satisfaccion ha sido operada por otra accion que concurrentemente con aquella existía. Algunas veces la primera accion dá por resultado destruir completamente la otra, esto es, que anula el derecho mismo que sirve de base á la segunda accion. Más adelante (§ 236) entraré en nuevos detalles respecto de esta distincion fundada en la ciencia de las relaciones de derecho; pero cuyas consecuencias son insensibles para la práctica.

La aplicacion de este principio nos condena á averiguar en cada una de las clases de accion indicadas, si el resultado obtenido por una accion es ó no idéntico al resultado de otra distinta. En el primer caso, la segunda es absorvida por la primera, en el segundo, puede aquella ser ejercitada con todos sus efectos. Con arreglo á la fraseología adoptada hasta ahora (§ 231) se diría que en el primer caso hay concurso electivo y en el segundo concurso acumulatiuo de dos acciones. Por mi parte, creo que es preferible expresar esta distincion diciendo que en el primer caso existe el concurso y que no existe en el segundo.

Pero además existen muchos casos intermedios, es decir, que á menudo el resultado perseguido por la segunda

accion es idéntico en parte con el resultado obtenido por la acccion ya ejercitada; en cuyo caso aquella es absorvida respecto de la parte idéntica, y continúa subsistiendo respecto de la parte no idéntica

De lo dicho resulta que los casos de coexistencia de varias acciones pueden dividirse en tres clases.

Primera clase. Concurso completo. La segunda accion es totalmente absorvida por el resultado de la primera. (En el lenguaje generalmente adoptado, concurso electivo).

Segunda clase. Concurso parcial. La segunda accion es absorvida en parte por el resultado de la primera.

Tercera clase. Ausencia de concurso. La segunda accion puede ser ejercitada despues que la primera y tener todos sus efectos (Concurso acumulativo).

Primera clase. Concurso completo.

La regla de que la segunda accion se encuentra aquí totalmente absorvida por la primera, aparece reconocida en el siguiente texto de Ulpiano (*a*): quotiens concurrunt plures actiónes *ejusdem rei nomine*, una quis experiri debet.

Las palabras *ejusdem rei nomine* son susceptibles de dos acepciones y pueden significar: 1.° Varias acciones que resultan de un mismo hecho: 2.° que tienen el mismo objeto. Si se adopta el primer sentido, la proposicion sería evídentemente falsa (§ 231). Resta, pues, el segundo, como único posible. Esta interpretacion se encuentra, además, confirmada por el conjunto del texto, pues inmediatamente antes de la frase citada se lee: nemo ex his, qui negant se debere, prohibetur etiam alia defensione uti, nisi lex impedit (*b*). Evidentemente trata Ulpiano de señalar aquí una diferencia entre la posicion del demandante y la del demandado; podía éste emplear á la vez varios medios de defensa; la negacion y la excepcion; miéntras que el demandante sólo podía ejercitar una accion de entre varias que concurriesen al mismo fin (*c*). Puédese tambien invocar en apoyo de

(*a*) L. 43, 61, de R. J. (L. 17), tomada de Ulpiano, lib. 28, ad ed.
(*b*) L. 43, pr. id.
(*c*) La diferencia señalada aquí por Ulpiano entre los recursos jurídicos del demandado y los del demandante es más aparente que real, puesto que el demandado, á pesar de la diversidad de estos medios, tiene tambien un solo objeto, á saber, la absolucion de la demanda. La dife-

esta interpretacion, otro texto de Ulpiano en que, hablando de varias acciones que tienen el mismo objeto, las llama *de eadem re* (*d*).

Encontramos numerosas aplicaciones de esta regla, tanto respecto á las acciones que existen entre las mismas personas, como respecto de las que se dan entre personas diferentes.

Entre las mismas personas: esta relacion nos aparece en los numerosos y variados casos en que una *condictio*, ordinariamente la *condictio furtiva*, concurre con una *bonæ fidei actio*, por consecuencia de la reunion de estas dos circunstancias: que una de las partes no haya ejecutado un contrato y que se enriquezca injustamente á expensas de la otra parte (*e*). La parte lesionada tiene entónces para hacerse indemnizar la *condictio* y la accion resultante del contrato; pero una vez conseguido su objeto por medio de cualquiera de estas acciones, queda por este solo hecho absorbida la otra. Vemos ciertamente concurrir con una condictio las acciones resultantes de diversos contratos; mas siempre se observa que en dicho concurso una sóla, la condictio ó la otra accion, puede ser realmente ejercitada. Hé aquí ahora los nombres de estos contratos:

1) Pro socio mandati, negotiorum gestorum (*f*).
2) Locati (*g*).
3) Commodati (*h*).

---

rencia práctica que existe entre la posicion de ámbas partes consiste en lo siguiente: teniendo el demandante várias acciones, si sucumbe en la que ha elegido, no puede ejercitar las demás, miéntras que el demandado puede presentar á la vez todos sus medios de defsnsa, y aunque se reconozca uno solo como fundado, la desestimacion de los demás no le ocasiona ningun perjuicio.

(*d*) L. 5, de exc. rei jud. (XLIV, 2): «de eadem re agere videtur et qui non eadem actione agat... Recteque ita definietur, eum, demum de (eadem) re non agere, qui prorsus *rem ipsam non persequitur*...»

(*e*) Véase Apéndice XIV, num. VI.

(*f*) L. 45, 47, pr. pro soc. (XVII, 2).

(*g*) L. 35, § 1, loc. (XIX, 2), L. 34, § 2, de O. et A. (XLIV, 7).

(*h*) L. 34, § 1, de O. et A. (XLIV, 7), L. 71, pr. de furtis (XLVII, 2). En este último texto es preciso entender por *furti actio* la *condictio furtiva*, (es decir, la furti *condictitia* actio). El mismo sentido tiene tambien esta expresion en los textos siguientes: L. 14, § 16, de furtis (XLVII, 2), L. un. C. quando civ. actio (IX, 31), Paulo, II, 31, § 34; Véase Cuyacio, obs. XVII, 12, Donelo, § 15.

Conviene añadir los casos siguientes de concurso:

4) *Condictio furtiva* con la reivindicacion (*i*).

5) *Condictio furtiva* con la actio rationibus distrahendis (*k*).

6) *Tutelæ rationibus distrahendis* (*l*).

7) *Communi dividundo* y pro socio á causa de los frutos y de los gastos (*m*).

8) *Doli* y *quod metus causa* (*n*).

Observo, sin embargo, que los casos de concurso aquí mencionados no pertenecen siempre á la primera clase. frecuentemente pertenecen tambien á la segunda, lo cual depende de las particulares circunstancias de cada especie: En efecto, cuando el objeto de ambas acciones tiene precísamente la misma extension, el caso pertenece á la primera clase (*o*), como tambien cuando la accion más extensa ha sido ejercitada primero y ha producido ya sus efectos (*p*). Si por el contrario, se intentó primero la accion mas restringida entraría el caso en la segunda clase, pues podría todavía ejercitarse por la parte de su objeto que el demandado no hubiese obtenido en virtud de la primera accion (*q*).

(*i*) L. 9, § 1, de furtis (XLVII, 2).

(*k*) L. § 1, tutelæ (XXVII, 3), L. 55, § 1, in f. de administr. (XXVI, 7).

(*l*) L. 1, § 21, tutelæ (XXVII, 3). Este texto, segun el espíritu de su autor, se aplicaba ciertamente á la consumacion del procedimiento; en el Digesto debe ser considerado como los demás casos de concurso aquí enumerados, es decir, que se debe sobreentender el resultado de la accion. Véase sobre este texto Ribbentrop, p. 56-58, como tambien sobre la relacion de ámbas acciones entre si, § 212, y sobre la aplicacion de nuestro texto en el derecho moderno. § 235, *g*.

(*m*) L. 38, § 1, pro soc. (XVII, 2).

(*n*) L. 14, § 13, quod metus (IV, 2). La contradiccion de este texto con la L. 1, § 4, de solv. (IV, 3), contradiccion de que se han ocupado varios autores, queda fuera de mi propósito.

(*o*) Por ejemplo, cuando el que toma un caballo en alquiler lo roba, puesto que su contrato le obliga solamente à restituir, que es tambien el objeto de la *condictio furtiva*.

(*p*) Ejemplo: cuando en el caso de la nota anterior, se debe en parte el precio del alquiler, y por medio de la *actio locati* se ha obtenido la restitucion del caballo y el precio de la locacion.

(*q*) Así, cuando en el caso de la nota *p* se ha ejercitado primero la *condictio furtiva* para obtener la restitucion del caballo, se puede siempre reclamar el precio del arrendamiento en virtud de la *actio locati*, y por consiguiente, este caso entra en la segunda clase de concurso.

El concurso aparece de una manera mas clara y evidente en las acciones *entre personas diferentes* (*r*) pues, por lo general, en ellas existe paridad completa entre los objetos de cada una de las acciones. El lazo que los une puede ser mas ó ménos íntimo y esta afinidad es susceptible de los siguientes grados (*s*).

A) *Identidad* de la obligacion, de manera que una sola é idéntica obligacion ligue realmente á varios acreedores ó á varios deudores (*t*). Entre los Romanos no había más que tres maneras posibles de verificarse esta identidad. En primer lugar, una estipulacion hecha en comun por varias personas respecto del mismo objeto (*duo rei*), caso al que pertenece tambien la *fidejussio*. En segundo lugar, todo contrato otorgado en comun, en que varias personas contráigan absolutamente la misma obligacion, respondiendo por lo tanto, recíprocamente, de la violacion del mismo (*u*). En tercer lugar, el testamento. El primer caso no existe ya en el derecho moderno, de modo que el reconocimiento de esta relacion de derecho depende siempre de la interpretacion del acto, al contrario de lo que sucedía entre los Romanos, para los que los casos más importantes de este género estaban fuera de toda duda, á causa de las formas consagradas de la estipulacion. Esta identidad existe tambien, é independientemente de toda declaracion de voluntad, en los casos de la *actio exercitoria*, *institoria*, *de peculio*, *de in rem verso*, *quod jussu*, porque la obligacion del armador, del padre, etc. es siempre idéntica á la del encargado, hijo, etc. (*v*).

B) Simple *solidaridad* (*w*). Cuando varias personas se reunen para cometer un delito, cada una de ellas es responsable por entero del delito mismo. Cada uno es entónces

---

(*r*) En estos diferentes casos, segun la fraseología ordinaria, el concurso es subjetivo.

(*s*) Ribbentrop, p. 83, 258, donde se tratan satisfactoriamente todos estos puntos.

(*t*) Ribbentrop, p. 106, 110, 117, 170, 178, 285. Ambas acciones tenían entónces una misma *intentio*.

(*u*) L. 9, de duobus reis (XLV, 2).

(*v*) Keller, Litis contestation, p. 420 y sig.

(*w*) Ribbentrop, p. 44, 26, 90, 121.

personalmente deudor, y no puede decirse, como respecto de los *correi*, que una sola y misma obligacion se extiende á varias personas. Siendo el perjuicio sufrido un hecho simple, la deuda de cada cómplice es de igual cantidad; pero como una vez pagada la indemnizacion, queda reparado el perjuicio, el pago hecho por uno de los deudores liberta á los demás (§ 211 (*c*). Igual relacion se presenta á menudo entre los cotutores y entre varias personas que hayan recibido una cosa en comun á título de comodato ó de depósito, sin contratar como en los casos mencionades ántes (A) (*x*), una obligacion completamente idéntica.

C) Por último existe un caso en que la solidaridad no es verdadera, y por consiguiente, sólo da ocasion á un concurso unilateral y restringido. Así, cuando se presta una caucion bajo la forma de un mandato, encuéntrase el acreedor que tiene dos deudores contra quienes dirigirse. Si persigue al deudor principal, y recibe de él el pago, resulta libre el mandator, puesto que la accion de mandato no tiene ya objeto; pero el pago exigido del *mandator* no libra al deudor principal (*y*).

§ CCXXXIII. *Extincion del derecho de accion.—II Concurso. Segunda clase de acciones.—Concurso parcial.*

Segunda clase. Concurso parcial. Aquí la segunda accion puede ser ejercitada todavía, pero salva la deduccion de la suma recibida. Este caso puede presentarse en circunstancias muy diversas; unas veces la segunda accion contiene varios objetos que no estaban contenidos en la primera (§ 232, *q*); otras veces procura ventajas accesorias, como por ejemplo, un modo particular de estimacion (*a*); y como *actio mixta* se aplica á la indemnizacion y á la pena, miéntras que la primera sólo tenía la indemnizacion por objeto (*b*). He observado ya anteriormente que existian varias

---

(*x*) L. 1, § 43, depositi (XVI, 3), L. 9, 22, id., L. 5, § 15, commod. (XIII, 6).
(*y*) L. 28, mandati (XVII, 1), Ribbentrop, p. 84.
(*a*) Véase más adelante, nota *i*.
(*b*) Cuando se roba una cosa puede ejercitarse primero la *condictio*

acciones en que las circunstancias particulares de cada caso determinaban si su concurso entraba en la primera ó en la segunda clase § 232, *o*, *p*, *q*).

El principio relativo á esta clase aparece declarado en el texto siguiente de Paulo, cuyo sentido no es dudoso por cierto, si bien una de sus partes haya sido oscurecida por una leccion evidentemente falsa *(c)*: «si ex eodem facto duæ competant actiones, postea judicis potius partes esse, *ut quo plus, sit in reliqua actione, id actor ferat*, si tantumdem aut minus, id consequatur.»

Si nuestro texto acabase con las palabras impresas en caractéres *cursivos*, no ofrecería su sentido la menor duda; pero sus últimas palabras determinan tan imperiosamente la conclusion, que se ha juzgado necesaria una rectificacion del texto, áun por aquéllos que más contrarios son á semejantes correcciones. La rectificacion más sencilla sería leer en lugar de *id* consequatur, *nihil* ó *nil* consequatur *(d)*. Una correccion que se aproximaría más aún al texto de los manuscritos sería: id *non* sequatur *(e)*. En una y en otra hipótesis, el sentido es absolutamente el mismo.

No puede ponerse en duda que Paulo haya querido expresar el principio aquí enunciado, si bien implica como condicion la comunidad total ó parcial del objeto de ambas acciones, sin lo cual no podría hablarse ni de *más* ni de *ménos*, ni de *tantumdem*. Sin embargo, Paulo expresa como condicion, no la comunidad del objeto, sino la comunidad de

---

furtiva para obtener la indemnizacion; despues puede entablarse la actio *vi bonorum raptorum* (L. 2, § 26), vi bon, rapt., XLVII, 8), no por la indemnizacion, sino para obtener el triple del valor à título de pena. Lo mismo sucedía cuando se ejercitaba primero la accion resultante de un contrato y despues la *actio L. Aquiliæ*, pues, por el modo de hacer la estimacion, esta última puede contener una pena. Volveré á tratar de este último caso en el presente párrafo.

(c) L. 41, § 1, de O. et A. (XLIV, 7), tomado de Paulo, lib. 22, ad ed.

(d) Cuyacio, Observ., III, 25.

(e) Pagenstecher, Admonitoria ad Pand., p. 6, § 289. De este modo no aparecería aquí más que una letra de cambio. Puede tambien añadirse una segunda geminacion y leer: id *non* sequatur, lo cual haría ménos forzada la forma del texto.

(f) L. 43, pro soc. (XVII, 2): «...*hoc minus* ex ea actione consequitur, quam ex prima actione consecutus est.»

orígen *(ex eodem facto)*, circunstancia que se da frecuentemente, pero que no es decisiva (§ 231). Este falso punto de vista conduce á Paulo á aplicar dicho principio, no sólo á las acciones que he enunciado y á las que efectivamente respecta, sino tambien á las diversas acciones penales resultantes del mismo delito, á las cuales ciertamente no pertenece. Más adelante (§ 234), tendré ocasion de volver sobre este error; pero debo al ménos indicar aquí su orígen.

Encuéntranse aplicaciones ciertas de nuestro principio en los casos siguientes:

Se ejercita primero la *actio communi dividundo*, y despues se intenta la *actio pro socio*. Esta segunda accion es admisible, pero salva siempre la deduccion de lo que el demandante ha obtenido ya en virtud de la primera *(f)*.

Despues de la *condictio furtiva* no es admisible la *actio pro socio*, sino en el caso que tenga por objeto un interés distinto, y, por consiguiente, más elevado que el que resulta del robo *(g)*.

Cuando á un acto de venta se añade una pena convencional, la *actio venditi* concurre con la que nace de la estipulacion. Pero si ha sido ya ejercitada la primera, no se admite la segunda, sino cuando la pena es superior al interés ya satisfecho; recíprocamente, la *actio venditi* no puede ejercitarse sino cuando ofrece un interés superior á la pena ya pronunciada, de manera que en ambos casos el demandante no puede reclamar más que el exceso *(h)*.

El propietario robado á quien se indemnizó en virtud de la *condictio furtiva*, puede todavía reivindicar la cosa contra el ladron, pero ántes debe devolver la suma que le ha procurado la *condictio*. El ladron debe en este caso restituir materialmente la cosa, y si rehusa hacerlo, sufre las consecuencias del *jusjurandum in litem* *(i)*.

Las aplicaciones más numerosas y variadas son las que presenta la *actio L. Aquiliæ* concurriendo con una accion

---

(g) L. 47, pr. pro soc. (XVII, 2): «Sed si ex causa furtiva condixere, cessabit pro socio actio, *nisi si pluris mea intersit.*»
(h) L. 28, de act. emti (XIX, 1).
(i) L. 9, § 1, de furtis (XLVII, 2): «...quod si ex condictione ante damnatus reus litis æstimationem sustulerit, ut aut omnimodo absolvat

resultante de un contrato. Cuando el locatario, el comodatario, etc., destruye ó perjudica la cosa, el propietario tiene contra él las dos acciones arriba nombradas. Pero como su objeto principal y directo es una indemnizacion, una de dichas acciones se encuentra ordinariamente absorbida por la otra. La *actio L. Aquiliæ* ofrece algunas veces mayores ventajas á causa de la estimacion artificial que permite. Si, pues, la accion nacida del contrato ha sido ejercitada primero, la *actio L. Aquiliæ*, segun nuestro principio, puede intentarse todavía, pero sólo por la diferencia que arroje la estimacion artificial y que es realmente una pena. Podría objetarse que aquí la pena no consiste en una suma distinta, sino en una estimacion más elevada del perjuicio, inseparable de este modo, de la indemnizacion. Pero la objeccion cae por su base reflexionando que el fin se consigue de una manera tan cierta como segura, deduciendo de la suma superior la inferior ya pagada, que es como realmente se procede en los demás casos arriba enumerados (notas *f*, *g*, *h*).

Las fuentes del derecho nos ofrecen sobre esta cuestion varias decisiones. No pocos textos dicen en términos generales que en semejantes circunstancias cada una de ambas acciones es absorbida por la otra, de manera que una sola puede ejercitarse, y por consiguiente, nuestro principio no tendria aquí aplicacion, Estos textos pertenecen á Ulpiano *(k)*, Paulo *(l)*, Gayo *(m)*, y se le explica diciendo que hablan del caso más ordinario, cual es aquel en que por no producir la estimacion artificial mayor suma, tienen efectos semejantes la accion aquiliana y la que nace del contrato. Esta interpretacion se encuentra plenamente justificada por diversos textos de los mismos jurisconsultos donde expresamente reconocen la aplicacion de nuestro principio á la accion aquiliana; pero nos hablan de esta aplicacion como

reum, aut, quod magis placet, si paratus esset petitor æstimationem restituere, nec restituetur ei homo: quanti in litem jurasset, damnaretur ei possessor.

(*k*) L. 27, § 11, ad L. Aqu. (IX, 2). L. 13, de rei vind.

(*l*) L. 36, § 2, de her. pet. (V, 3), L. 18, ad L. Aqu. (IX, 2), L. 50, pr. soc. (XVII, 1), L. 43, loc. (XIX, 2),

(*m*) L. 18, § I comm. (XIII, 6). Gayo habla en los mismos términos del concurso de la *actio locati* con la *actio arborum furtim cæsarum*. L. 9, arb. furtim cæs. (XLVII, 7).

de una cosa rara, fácil de dar al olvido, de donde se desprende que el silencio no equivale á una negacion.

Así, Ulpiano, invocando la autoridad de Pomponio, dice que cuando el ladron mata al esclavo robado, el propietario puede ejercitar primero la *condictio furtiva* y despues la accion aquiliana, porque esta es susceptible de una estimacion más elevada (*n*). Otro texto del mismo jurisconsulto respecto del concurso de la *actio commodati* y de la accion aquiliana es más decisivo todavía. Primeramente expresa en términos generales, como en los textos precedentemente citados (nota *k*), que cada una de estas acciones es absorbida por la otra, y despues añade como correccion: podría pretenderse que la accion aquiliana puede siempre ser ejercitada respecto á la diferencia, *lo cual parece muy puesto en razon* (*o*).

Trátase la cuestion en el mismo sentido, absolutamente, en un texto de Paulo (*p*), ménos formal, sin embargo, y en parte oscurecido por dificultades críticas. El asunto es un comodato de vestidos que ha deteriorado el comodatario, y Paulo se expresa del modo siguiente sobre el caso: et quidem post legis Aquiliæ actionem, utique commodati finietur: post commodati, an Aquiliæ remaneat *in eo quod in repetitione triginta dierum amplius est* dubitatur. Sed verius est remanere (*q*), quia simplo accedit, et simplo subducto locum non (*r*) habet.

(*n*) L. 2, § 3, de priv. delictis (XLVII, 1): «...Et scripsit Pomponius, agi posse, quia alterius æstimationis est legis Aquiliæ actio, alterius condictio ex causa furtiva: namque Aquilia eam æstimationem complectitur quanti eo anno plurimi fuit: condictio autem ex causa furtiva non agreditur retrorsum judiccii accipiendi tempus.»

(*o*) L. 7, § 1, commod. (XII, 6): «...nisi forte quis dixerit, agendo eum ex L. Aquilia, hoc minus consecuturum, quam ex causa commodati consecutus est: *quod videtur habere rationem*.»

(*p*) L. 34, § 2, in f. de O. et A. (XLIV, 7), tomada de Paulo, lib. sing. de concurrentibus actionibus.

(*q*) Glosa de Acursio: «alias *non*, alias *sine non*.» Ambas lecciones tienen en su apoyo antiguos testimonios; la segunda, que adopto en el texto, es la del manuscrito de Florencia.—Se leía tambien *non* remanere en un antiguo manuscrito de la biblioteca municipal de Leipzig, manuscrito que fué prestado á Humboldt, y que habiéndose enviado por error á Abo con su biblioteca pereció en el incendio de ésta.

(*r*) Esta leccion se encuentra en todos los manuscritos conocidos, si bien es cierto que se lee en la márgen de la edicion de Baudoza: «in qui

Teniendo en cuenta las palabras demasiado oscuras del final del texto, podría creerse que Paulo, sometiéndose á la objecion arriba suscitada, sobre que la adicion de la accion aquiliana es inseparable de su principal objeto, rechaza completamente dicha accion, y por consiguiente, que debería admitirse como auténtica la leccion *non* remanere, confirmada además por los manuscritos. Sin embargo, dos motivos se oponen á esta conclusion y á la leccion que con ella se relaciona. Estos motivos son, en primer término, el principio sentado al comenzar este párrafo (nota *c*), principio que Paulo mismo aplica más allá de sus verdaderos límites; en segundo lugar, que pocas líneas ántes de nuestro texto, Paulo admite la accion aquiliana despues de la accion de injurias *in id quod amplius competit*, lo cual implica por la razon misma, su admision despues de la *commodati actio*. La manera más sencilla de fijar este sentido, consiste en leer, como lo propone Cuyacio, y segun el testimonio equívoco de un manuscrito (nota *r*), *locum habet*, en cuyo caso significa nuestro texto: «La accion aquiliana es todavía admisible, en cuanto puede exceder del *simplum*, y este exceso forma el objeto para el cual es admisible áun despues del pago del *simplum*.» Tambien puede intentarse mantener la leccion del manuscrito de Florencia por medio de la siguiente paráfrasis que completa el pensamiento: «la accion aquiliana subsiste, no como en la cuestion aparece, solamente para el *amplius* (remanere en el sentido de *integram* remanere), sino que subsiste enteramente, porque en la accion el *amplius* sólo figura como adicion del *simplum*; de modo que si el *simplum* se separa de la accion (simplo subducto), el *amplius* no puede ser objeto de la accion misma (locum non habet).» Así explicado, se referiría nuestro texto á la redaccion de la fórmula, cuya *intentio* no podría nunca designar el *amplius*, sino el *damnum decidi oportere*, es decir, el *simplum* unido con la elevacion de la pena. Sólo quedaría sin expresar la regla de que la reclamacion del *simplum*, ya recibido por medio de una *doli exceptio, per prætorem inhiben-*

---

busdam deest hæc etiam negatio,» pero este no es testimonio enteramente irrecusable. Cuyacio, Observ., III, 25, dice simplemente que el *non* debe añadirse ó borrarse en ambos miembros de la frase, y cree que es preferible borrarlo.

da est, como se ha dicho al principio respecto de un caso semejante (*s*).

Ambas explicaciones dan el mismo resultado; pero la primera, si se admite la correccion del *locum habet*, se recomienda por su mayor sencillez.

§ CCXXXIV. *Extincion del derecho de accion.—II. Concurso.—Tercera clase de acciones.—Ausencia de concurso.*

Tercera clase.—Ausencia de concurso.

En todas las acciones de esta clase, la segunda accion puede ser ejercitada con entera eficacia, aunque la primera haya producido todos sus efectos.

Teniendo esta clase un carácter puramente negativo, se pueden comprender en ella una multitud de casos, principalmente todas las razones que existen simultáneamente entre diferentes personas y resultan de actos jurídicos diversos, casos que, por su gran número, nadie puede esperar que sean aquí enumerados. Entre ellos sólo merecen una mencion especial, los que ofrecen una apariencia engañosa de concurso, cuya apariencia importa destruir. En esta categoría deben colocarse las acciones que tienen un orígen comun, que existen para las mismas personas ó llevan el mismo nombre, pero entre las cuales no existe concurso por falta de un objeto comun (§ 231).

A) Citaré primeramente el caso de un delito que engendre una accion para indemnizacion y una accion puramente penal. Estas dos acciones son por completo independientes una de otra. Tales son la *condictio furtiva* y la *furti actio* nacidas del mismo robo, acciones cuya independencia re-

---

(*s*) Esta explicacion se encuentra en A. O. Krug, de condictione furtiva, Lips., 1830, p. 63. Donelo, § 17, adopta en el fondo el mismo sentido, pero con un texto muy diferente, puesto que lee: *non* remanere locum *non* habet, y entiende que la accion no existe sólo (non remanere) respecto del simple *amplius* porque subsiste por el todo. En el pensamiento del autor la accion es admisible por el todo (*simplum et amplius*), pero queda restringida al *amplius*, por la *doli exceptio*. La explicacion adoptada por Thibaut, p. 191, y por otros autores es mucho más forzada y ménos satisfactoria; dicho autor juzga que puede invocar en su favor la correccion *etsi* simplo, en lugar de et simplo. Véase Schulting, notæ in Digesta, l. cit.

ciproca no ha sido puesta en duda por nadie (*a*). Tales son tambien, siguiendo una sana interpretacion la accion de injurias y la accion aquiliana, provenientes de los golpes inferidos á un esclavo, hecho que constituye una injuria respecto de su dueño y un ataque á su propiedad: la accion de injurias tiene por objeto la pena, y la aquiliana la reparacion del perjuicio (*b*).

Volvemos á encontrar aquí el principio que rige en las acciones penales mixtas. *La actio vi bonorum raptorum* tiene por objeto la simple indemnizacíon y además el triple valor de la cosa, como pena (*c*); y la indemnizacion por un lado, la pena por otro se persigue en virtud de la misma accion, miéntras que en el caso que ahora nos ocupa, cada uno de estos resultados es objeto de una accion diferente.

B) La injuria hecha á una mujer casada se infiere al mismo tiempo á su marido, engendrando al efecto dos acciones penales del mismo nombre, cada una de las cuales es por completo independiente del resultado de la otra (*d*). El castigo de cada uno de estos delitos forma un objeto distinto y separado.

C) Cuando se reunen varias personas para robar, cada una de ellas comete el robo por completo sin que la circunstancia de haber sido ayudado por los demás aumente ó disminuya la penalidad que le corresponde. Por esta causa la *actio furti* se ejercita contra cada uno de los ladrones por la totalidad de la pena, aunque los demás hayan cumplido la suya, pues el castigo de cada uno de estos delitos, constituye un distinto objeto (§ 211, *b*).

D) Cuando varios individuos matan á un esclavo de

(*a*) L. 7, § 1, de cond. furt. (XIII, 1). L. 46, 45. 47, pr. pro soc. (XVII 2) L. 34, § 2, de O. et A. (XLIV, 7), L. 54, § 3, de furtis (XLVII, 2).

(*b*) L. 15, § 46, de injur. (XLVII, 10). Este punto no se cuestionaba. puesto que se consideraba la indemnizacion como el principal objeto en la accion aquiliana. Paulo á la verdad, (L. 34, pr. de O. et A., XLIV. 7) la consideraba principalmente como una accion penal, y así es que aplica, sin venir á cuento, el principio del simple *amplius* para la segunda accion. Ulpiano cree que esta manera de considerar el asunto no produce ningun resultado diferente, como se verá en este mismo párrafo.

(*c*) Pr. J. de vi bon. rap. (IV, 2). Es verdad que varios de los antiguos jurisconsultos habían sostenido que el cuádruplo era aquí puramente penal. Gayo, IV, § 8.

(*d*) L. 1, § 9 de injur. (XLVII, 10) (Ulpiano) L. 18, id. (Paulo). L. 41, eod. (Neracio).

manera que no se pueda decir cual ha tenido la parte principal en su muerte, cada uno de ellos debe el importe íntegro de la accion aquiliana, como si hubiese sido el sólo culpable; punto sobre el cual han estado siempre de acuerdo los jurisconsultos romanos (d^1). A primera vista podríamos vernos inclinados á considerar este caso como una falsa analogía de la *furti actio*, pues parece que la indemnizacion no debe ser pagada más que una vez y que cada uno de los cómplices no es responsable en totalidad más que de la elevacion de la pena. Las observaciones siguientes vienen, sin embargo, á justificar esta decision de los antiguos jurisconsultos. Permite la ley á la parte lesionada perseguir á cada uno de los culpables como si el acto no se hubiera cometido en la actualidad, sino en una época cualquiera del último año. Una vez admitida esta ficcion, se llega, respecto de cada uno de ellos á una época en que los demás no obrasen de acuerdo con él; y esta es la razon de que pague la totalidad del perjuicio.

E) Cuando un individuo ha robado una cosa y otro se la roba á él á su vez, ámbos han robado al propietario de la cosa, y éste adquiere, por consecuencia, dos *furti actiones* completamente independientes una de otra (*e*).

(d 1) L. 51, ad L. Aqu. (IX, 2): «Idque est consequens *auctoritati veterum:* qui cum a pluribus idem servus ita vulneratus esset, ut non aparet cuyus ictu peresset, *omnes lege Aquilia teneri judicaverunt.*» L. 11, § 2, id. El primer texto es de Juliano; el segundo de Ulpiano que invoca la autoricad de Juliano.

(*e*) L. 76, § 1, de furtis (XLVII, 2): «Dominus igitur habebit cum utroque furti actionem, ita ut, si cum altero furti actionem inchoat, adversus alterum nihilominus duret: sed et condictionem: quia ex diversis factis tenentur.» Observemos primeramente que la independencia de las dos acciones sólo se admite para la *furti actio* y no para la *condictio*, pues si uno de los ladrones indemniza, el otro queda libre como si el robo se hubiese hecho en comun. La dificultad principal resulta del final del texto, pues para el robo hecho en comun (*idem factum*). Se admitía igualmente la accion contra cada uno de los ladrones, y para el robo cometido aisladamente puede ejercitarse la condictio independientemente de la *furti actio*, por mas que haya aquí de igual modo, *idem factum*. La oposicion que quiere fijar Pomponio se refiere al caso en que el mismo ladron continua detentando la cosa robada. Esta detentacion constituye solamente un *idem factum* y no da lugar á varias *furti actiones*, ni á varias condictiones. Este es el *idem factum* que nuestro texto hace contrastar con los *diversa facta*. Véase L. 9, pr. L. 67, § 2, de furtis (XLVII, 2). Lo mismo sucede respecto del *damnum*. L. 32, § 1. L. 48, ad L. Aquil. (IX. 2).

F) Si la misma persona comete varios delitos respecto de la misma cosa en diferentes épocas, incurre en la pena correspondiente á cada delito, independientemente de las demás *(f)*; de modo que la indemnizacion debida por cada uno debe tener tambien una naturaleza independiente *(g)*. Sin embargo, si una de estas indemnizaciones iguala al valor íntegro de la cosa no hay lugar para otra indemnizacion parcial *(h)*; pero la accion aquiliana cuyo cálculo artificial puede constituir una pena, es una excepcion de esta regla *(i)*.

G) Los casos hasta ahora enumerados en este párrafo no han dado lugar á ningun debate entre los antiguos jurisconsultos; pero los que ahora van á ocuparme han suscitado entre ellos más controversias que ninguna otra cuestion relativa al concurso de las acciones.

Un solo acto puede violar diferentes leyes penales, de manera que aunque simple en sí mismo, deba ser considerado, á causa de sus diversas relaciones, como conteniendo varios delitos. Con arreglo á los principios generales no hay, en este caso, concurso verdadero; cada ley penal debe recibir su plena aplicacion, pues no aparece aquí la comunidad de objeto que es el principio único del concurso (§ 231), y el castigo de cada uno de los delitos cometi-

---

(f) L. 2, pr., § 1, 2, 4, 5, 6, de privat. delictis (XLVII, 1). L. 27, pr. ad L. Aquil. (IX, 2).

(g) L. 32, § 1, L. 48, ad L. Aq. (IX, 2). Por ejemplo, cuando un individuo destroza primero las ventanas de una casa y despues causa deterioros en el techo.

(h) Porque en caso contrario, la accion destinada únicamente á reparar un daño, procuraría un beneficio. Este principio se aplica al caso en que varias *mixtæ actiones* tienen un orígen semejante. Göschen, Vorlesungen, 1, 462, 463, observa con razon, que segun la generalidad de los términos de la L. 2, de priv. delictis (nota *f)* se podría pretender la misma independencia de las acciones respecto à los daños, lo cual estaría en contradiccion con el pensamiento de Ulpiano, como evidentemente lo prueba el § 3 del mismo texto.

(i) L. 2, § 3, de priv. delictis (XLVIII, 1). El que hiere á un caballo de valor, dejándolo cojo, lo cual puede quitarle casi toda su estimacion, y despues lo mata, ántes de expirar el año, deberá pagar casi el doble del valor primitivo del caballo, pues para calcular el perjuicio que resulta de la muerte se atiende al tiempo en que no estaba herido. De igual manera, si uno hiere mortalmente á un esclavo, y despues otro lo acaba de matar, cada uno de ellos paga el perjuicio como si hubiera sido él solo matador, salvo la diferencia en el cálculo del tiempo en que el esclavo alcanzaba su mayor valor. L. 51, pr. § 2, ad L. Aq. (IX, 2). Véase nota *d* 1.

dos, constituye un objeto especial y distinto que no tiene verdadera analogía con la indemnizacion perseguida por varias acciones. En apoyo de esta doctrina puede invocarse el ejemplo de la injuria hecha á una mujer casada. Todo el mundo reconoce que dicha injuria dá lugar á varias acciones (nota *d*); luego el acto no cambia de naturaleza ni es ménos penable cuando los diversos delitos que contiene son cometidos contra una misma persona ó contra varias (V. nota *bb*).

La causa de que los jurisconsultos romanos hayan diferido en opiniones sobre este punto se debe á la confusion frecuente, pero ciertamente errónea, de la comunidad de orígen y de la comunidad de objeto entre varias acciones (§ 231); semejante confusion ha llevado á admitir en este caso una consumacion de procedimientos que no tiene fundamento alguno. Han sido, además, engañados por la semejanza aparente de la relacion que existe entre varias acciones penales y varias acciones de reparacion de perjuicios, y por último, por la naturaleza ambígua de las acciones penales mixtas, sin embargo, de que pueden siempre distinguirse sus elementos constitutivos.

Los datos que conservamos sobre las opiniones de los diversos jurisconsultos son los siguientes. Modestino aplica al caso expuesto la regla establecida para la primera clase (§ 232), y así es que, ejercitada una de las acciones penales, admite todavía la segunda, pero solamente por el *amplius*. Papiniano y Ulpiano no reconocen en este punto concurso entre las dos acciones y dejan á cada una de ellas su pleno y entero efecto. Hermógenes participa de su opinion y nos dice que ésta había concluido por ser generalmente adoptada.

I. Modestino. Su opinion no nos es conocida por ninguna aplicacion particular, sino por la regla general siguiente (*k*): Plura delicta *in una re* plures admittunt actiones: sed non posse omnibus uti probatum est: nan si *ex una obligatione* plures actiones nascuntur, una tantummodo, non omnibus, utendum est.

Las palabras *in una re* equivalen a *ex eodem facto*, como

(*k*) L. 53, pr. de O. et A. (XLIV, 7), tomado de Modestino, lib. 3, regularum.

lo muestra la frase, *ex una obligatione*, empleada como sinónima, y tomándose *obligatio* en el sentido, muy frecuente, de un hecho que engendra la obligacion. Se reconocía aquí evidentemente la confusion de la comunidad de orígen con la comunidad del objeto jurídico. Podría creerse que Modestino se expresa con demasiada generalidad, y que no está distante de admitir, con Paulo, la segunda accion para el *amplius*. Pero Paulo mismo nos habla de una opinion extrema, tal como la que se atribuye aquí á Modestino, opinion contraria á la suya (*l*). Sin duda Modestino la había tomado de los jurisconsultos antiguos á los cuales hace Paulo alusion, sin nombrarlos.

II. Paulo. He dicho ya que éste concede demasiada extension al principio sentado para la segunda clase, y que, segun dicho jurisconsulto, la otra accion puede todavía ser ejercitada respecto del *amplius*. Efectivamente, aplica este principio á las acciones penales que se encuentran fuera de su dominio.

No se limita Paulo á enunciar su opinion de una manera abstracta sino que hace una lógica aplicacion de ella á los casos siguientes:

1). Cuando ha sido injuriosamente golpeado un esclavo extraño admite la accion aquiliana y la de injurias, pero ésta última solo respecto del *amplius* (*m*).

2). La sustraccion de una cosa á mano armada constituye un doble delito, á saber, la violencia y el robo. En este caso, despues de la *actio furti nec manifesti*, declara Paulo admisible todavía la *actio vi bonorum raptorum*, pero solamente por el *amplius (n)*.

3). De igual manera, y en el mismo sentido, admite la accion aquiliana y la *actio arborum furtim cœsarum* en el caso de corta de árboles agenos (*o*).

Comunmente se cree que en otro texto admite dos accio-

(*l*) L. 34, pr. de O. et A. (XLIV, 7)... «sed quidam *altera electa, alteram consumi.*» Así, pues, se aduce como argumento decisivo precisamente la consumacion del procedimiento. Se trata aquí de la accion de injurias y de la accion aquiliana por golpes dados injuriosamente al esclavo ageno.

(*m*) L. 34, pr. de O. et A. (XLIV, 7). El mismo texto en que Paulo cita, además, opiniones contrarias (nota *l*).

(*n*) L. 1, vi bon. rapt. (XLVII, 8), L. 88, de furtis (XLVII, 2).

(*o*) L. 1, arbor. furt. cæs. (XLVII, 7), L. 11, id.

nes penales íntegras: la *furti actio* y la *actio de rationibus distrahendis* (*p*). Unos han acusado á Paulo de inconsecuencia y otros han creido el texto interpolado. Pero no hay ni interpolacion ni inconsecuencia, porque los antiguos jurisconsultos no consideraban como penal la accion contra el tutor infiel (§ 212).

III. Con arreglo á la sana doctrina que acabó por triunfar entre los Romanos, todas las penas pueden ser aplicadas íntegramente.

Expresa esta doctrina Papiniano con la ocasion siguiente. Cuando ha sido violada una esclava extraña, el propietario de ella tiene la accion aquiliana, la accion de injurias, y la *actio servi corrupti*, que puede ejercitar sucesivamente (*q*).

La misma doctrina expone Ulpiano, ya como regla general, ya como particular aplicacion. Como regla general en los dos textos siguientes:

a) Nunquam actiones pœnales *de eadem pecunia* concurrentes alia aliam consumit (*r*).

Este texto contradice formalmente la opinion de Paulo sobre el *amplius*; porque si varias acciones penales tienen por objeto *eadem pecunia* (una suma igual), cada una de estas acciones, sería, segun Paulo, exclusiva de la otra. Acaso la palabra *consumit* haya sido elegida en vista de la consumacion del procedimiento y con el objeto de negarla; pero hay que desechar semejante hipótesis porque la antedicha palabra puede designar la consumacion del derecho mismo por consecuencia del pago, obtenido en virtud de la primera accion (*s*).

(*p*) L. 2, § 1, de tutelæ (XXVII, 3).

(*q*) L. 6, ad L. Jul. de adult. (XLVIII, 5): «nec propter plures actiones parcendum erit in hujusmodi crimine reo.» Göschen, Vorlesungen, 1, página 459, considera como una consecuencia especial de tan grave delito que los daños é interés deben ser pagados íntegramente varias veces. Pero en el texto no se expresa semejante idea; por otra parte, estas acciones pueden entrañar daños é intereses de muy diferente naturaleza. (Véase L. 11, § 2. de servo corr. XI, 3) y el nec *parcendum* indica más bien una acumulacion de pena que un repetido pago de intereses, de lo cual no tenemos ejemplo alguno. Las palabras *in hujusmodi crimine*, no significan un delito de una gravedad ordinaria, cosa que estaba muy léjos de las ideas de los Romanos, sino que se refieren precisamente al caso de varios delitos contenidos en un solo acto.

(*r*) L. 60, de O. et. A. (XLIV, 7), tomada de Ulpiano, lib. 17, ad ed.

(*s*) Keller, Litis contestation, p. 483, 494).

b) El segundo texto se encuentra concebido de la siguiente manera: nunquam actiones, *præsertim* pœnales, *de eadem re* concurrentes, alia aliam consumit (*t*).

Se parece de tal manera este texto al anterior que pudiera atribuírsele el mismo sentido; y sin embargo, tiene un sentido muy diferente. Como Ulpiano habla de *todas* las acciones, y no de las penales simplemente, no era posible que dijera que cuando tienen el mismo *objeto* no hay nunca mútua exclusion, porque hemos visto establecida la regla contraria respecto de las acciones en reparacion de perjuicios (§ 232). Tampoco puede pretenderse que Ulpiano niegue solamente la consumacion del procedimiento, como indicaría la palabra *consumit* (*u*), pues la estipulacion en que figuran *duo rei* engendra dos acciones para el mismo objeto, en cuyo caso se verifica, incontestablemente, la consumacion del procedimiento. Así, pues, las palabras de eadem *re* (como ex eodem facto) designan la *comunidad de origen*, y Ulpiano quiere decir que esta comunidad no determina nunca por sí sola la consumacion del procedimiento (*v*). Para completar el pensamiento del jurisconsulto debe suplirse, como sobreentendido, lo siguiente: la segunda accion sólo es excluida en el caso de la comunidad de objeto, y esta exclusion no siempre resulta de la consumacion del procedimiento. Semejante interpretacion da á la frase *præsertim pœnales* un sentido preciso y satisfactorio, puesto que si puede decirse que las acciones penales pueden *siempre* ejercitarse una despues de otra y nunca dán lugar á la consumacion, como este principio sólo en parte es aplicable á las acciones en reparacion de perjuicios, la palabra *præsertim* expresa la distincion entre ambas clases de acciones (*w*). Debo añadir que el texto de Ulpiano que acabo de comentar

---

(*t*) L. 130, de R. J. (L. 17), tomada de Ulpiano, lib. 18 ad ed., esto es, de la misma obra que el texto citado en la nota *r*.

(*u*) La incertidumbre ha sido ya hecha notar en el primer texto. Véase Keller, Litis contestation, p. 483. 494.

(*v*) Las palabras «de eadem re» tienen un sentido muy diferente del de las «ejusdem rei *nomine*.» insertas en el texto del mismo Ulpiano, citado más arriba, § 232, *a*. Puede sorprender á primera vista esta diferencia de interpretacion; sin embargo, es preciso admitirlas, puesto que en ámbos textos expone Ulpiano razones absolutamente contrarias.

(*w*) La parte esencial de esta explicacion se encuentra en Göschen, Vorlesungen, I, p. 460.

se insertó literalmente en las Instituciones (*x*), y esta circunstancia viene á confirmar mi aserto de que la opinion de Ulpiano sobre esta controvertida cuestion ha sido sancionada por la legislacion justinianea.

Los casos particulares á que Ulpiano hace aplicacion de la regla general son los siguientes:

1). La accion aquiliana y la de injurias, cuando el esclavo ageno ha sido golpeado ó violada la esclava extraña (*y*).

2). La *actio vi bonorum raptorum* con la *furti actio* ó la accion aquiliana, en el caso de robo á mano armada ó de perjuicios inferidos á una cosa por una reunion de varios indivíduos (*coactis hominibus*) (*z*).

3). La *furti actio* y la accion aquiliana, cuando se despoja á un esclavo de sus vestidos y muere, en consecuencia, de frio (*aa*).

4). La *furti actio* y la *actio servi corrupti*, en el caso de instigacion al esclavo ageno para que cometa un robo (*bb*).

Hermógenes, por último, se declara por la doctrina de

(*x*) § 1, J, si quadrupes (IV, 9). Se invoca aquí la regla para fijar la independencia de dos acciones que resultan del mismo hecho: una que tiene por objeto la indemnizacion y otra la pena.

(*y*) L. 15, § 46, de injur. (XLVII, 10), L. 25 id. Paulo cita la parte esencial de esta doctrina en la L. 34, pr. de O. et A. (XLIV, 7).., «alii... si ante injuríarum actum esset, teneri eum ex lege Aquilia.» La causa de que los jurisconsultos que Paulo cita sin nombrarlos rehusen la accion de injurias en el caso inverso, esto es, en el caso en que hubiese sido ejercitada primero la accion de injurias, no consiste en que dichos jurisconsultos abrigasen la menor duda sobre este punto; debese á que las palabras *bonum* y *æquum*, contenidas en la fórmula de la accion de injurias les parecieron incompatibles con el ejercicio de esta accion, cuando el perjuicio había sido ya reclamado.

(*z*) A la verdad, la L. 2, § 26, vi bon. rapt. (XLVII, 8) indica solamente la coexistencia de estas acciones y de varias otras, aun sin expresar la naturaleza de su contenido; pero la L. 2, § 10 eod. dice formalmente: «Ceterum neque furti actio, neque legis Aquiliæ, *contributæ sunt* in hoc edicto... «Es decir, que sus penas se aplican independientemente de las fijadas en este edicto..

(*aa*) L. 14, § 1, de præscriptis verbis (XIX, 5).

(*bb*) L. 11, § 2, De servo corrupto (113) Este caso puede tambien ser invocado en apoyo de mi opinion. Ulpiano parece no haber tenido en cuenta más que el caso del robo hecho al dueño del esclavo sobornado, caso en que ambas acciones pertenecen á la misma persona. Pero si el robo se hacia á un tercero, nadie duda que ambas acciones pudieran ser ejercitadas integramente por los dos demandantes, como se reconoce por todos en el caso de dos acciones de injurias (nota *d*). Ahora bien, lo que se concede cuando existen dos demandantes no puede negarse sin inconsecuencia evidente, cuando hay sólo uno.

Papiniano y de Ulpiano en el texto siguiente (*cc*): «Cum ex uno delicto plures nascuntur actiones, sicut evenit cum arbores furtim cæsæ dicuntur, *omnibus experiri permitti, post magnas varietates obtinuit.*»

Considero este texto como enteramente decisivo y tambien como la última palabra de la legislacion justinianea, no porque Hermógenes sea el más moderno de los jurisconsultos citados, pues esta circunstancia no sería decisiva, sino porque el mismo habla de la gran controversia expuesta en los precedentes textos (*post magnas varietates*), y despues añade el detalle importante de que la doctrina más rigurosa, cual es la de Ulpiano, acabó por ser generalmente adoptada (*obtinuit*). Hermógenes no aparece aquí manifestando su opinion particular sobre la cuestion, sino dando cuenta de la controversia y de la decision que puso fin á ella. Si comparamos ahora este texto con los más arriba citados, que en gran parte lo contradicen, su conjunto nos muestra uno de los casos en que Justiniano quiso presentar un fragmento de la historia del derecho; pues en vez de insertar únicamente la regla que dió fin á tan largo debate, reprodujo en un excesivo número de textos las opiníones diversas de los antiguos jurisconsultos, todo con el objeto de que resaltase más el sentido de la decision definitiva. No debemos, pues, considerar los textos de Modestino y de Paulo, sino como testimonios históricos sobre el desenvolmiento progresivo de la regla que nos ocupa (*dd*).

Esta manera de considerar el asunto se encuentra además confirmada por otros hechos.

Uno de los casos en que Ulpiano expresaba su opinion (nota *bb*), cual es el de la *furti actio* con la *actio servi cor-*

(*cc*) L. 32, de O. et A. (XLIV, 7). Texto de Hermog., lib. 2, juris epitom.

(*dd*) Véase t. I, § 44, *s*, donde se establece en principio este modo de interpretacion. Göschen, Vorlesungen, I, p. 455, 450, 451, manifiesta una opinion algo diferente sobre la cuestion especial que nos ocupa. Concede ménos importancia al texto Hermogeniano, y de las dos reglas no sabe cual debe ser considerada como la verdadera. Cualquiera que sea, por lo demás, la que se adopte, los textos contradictorios del Digesto fijarían sus excepciones. Esta última proposicion me parece principalmente inadmisible, porque ninguno de estos textos presenta el carácter de una excepcion, sino que cada uno de ellos aplica á un caso determinado la regla admitida por su autor.

rupti, fué decidido por Justiniano de idéntica manera; el emperador, de igual modo que Ulpiano, decide que ambas acciones pueden ser ejercitadas íntegramente (*ee*); por donde vemos, con entera evidencía, cual de las dos opiniones consideró Justiniano como fundada.

Esta cuestion se presenta igualmente para las penas públicas que para las penas privadas, cuando se reunen varios delitos públicos en el mismo acto. En este punto hallamos reconocida, sin ningun vestigio de contradiccion anterior, la regla de que todas las penas en que se ha incurrido deben ser sucesivamente aplicadas (*ff*). Y sería inconsecuencia evidente admitir para las penas públicas otra regla que para las penas privadas.

Debe sin embargo añadirse á la regla que acabo de exponer la siguiente restriccion. Cuando dos acciones nacidas de un sólo delito tienen una y otra por objeto la indemnizacion y una pena, la acumulacion completa sólo se aplica á la pena contenida en cada una de ellas; y la indemnizacion obtenida ya, en virtud de la accion primera, no puede ser reclamada por la segunda. Acontece esto principalmente en el caso expuesto por Hermógenes, de la accion aquíliana con la *actio arborum furtim cœsarum*; el perjuicio no se paga más que una vez, pero la elevacion de la pena se aplica íntegramente á ambas acciones. Pero Hermógenes no ha declarado expresamente esta distincion y, por ésta causa á su regla es necesario añadir: *en tanto que las diversas acciones tengan por objeto una pena*. El que Papiniano y Ulpiano no la hayan fijado tampoco se debe á que en la mayor parte de los casos de colision entre dos acciones no suelen ser mixtas ambas, sino que una de ellas, por ejemplo, la accion de injurias ó *la furti actio*, es puramente penal. Además, estos jurisconsultos, fijaban toda su atencion sobre el objeto único de la controversia que era la acumulacion de varias *penas*. Por otra parte, Ulpiano indica suficientemente la restriccion dicha, puesto que en el texto más preciso (nota *r*) sólo habla de las acciones *pœnales*. De igual modo si bien menciona Hermógenes grandes controversias, ver-

(*ee*) L. 20, C. de furtis (VI, 2), § 8, 1, de Oblig. ex delicto (IV, 1).
(*ff*) L. 9, C. de accus. (IX, 2). He reproducido ya este texto en el § 231, C.

saban éstas, á lo que sabemos, exclusivamente sobre la colision de las penas.

La legitimidad de semejante restriccion resulta necesariamente de lo dicho sobre el concurso verdadero con motivo de la primera y de la segunda clase (§ 232-233). La exclusion total ó parcial de la segunda accion estaba fundada no en una ley positiva é indulgente, sino en la regla natural de que un perjuicio ya reparado no es susceptible de reparacion y, por tanto, que un segundo pago, en lugar de una indemnizacion, constituiría un beneficio y, al mismo tiempo, una pena. Así, cuando varias acciones, independientemente de la indemnizacion, tienen por objeto tambien una pena verdadera, esta circunstancia, puramente accidentad, no podría impedir la aplicacion de la regla natural mencionada. En apoyo de esta doctrina existe un hecho que me parece decisivo. En el caso de concurso de la accion aquiliana con una accion que resulte de un contrato reconocen todos los antiguos jurisconsultos, sin excepcion, que una vez ejercitada la primera, no puede serlo la otra sino por el *amplius* y que ésta queda absorvida en lo que toca á la reparacion del daño (§ 233). Semejante decision, que consideran ellos como incontestable, deben aplicarla necesariamente al concurso de la accion aquiliana con la *actio vi bonorum raptorum*, ó *arborum furtim cœsarum*, en cuanto á la parte de estas dos acciones que tienen por objeto la indemnizacion.

La restriccion expresada nos acerca hasta cierto punto á la opinion de Paulo y nos explica su orígen. Viendo este jurisconsulto que sus adversarios no determinaban esta restriccion, y sintiendo la necesidad de ella, no solamente la formuló, sinó que exageró su alcance, aplicándola en dos acciones á la pena misma, aplicacion que excede los límites del principio.

La colision entre varias leyes penales tratadas en este párrafo no debe confundirse con otra colision del mismo género que no tiene con aquélla más que una semejanza aparente. He hablado hasta aquí de la reunion de varios delitos en un solo y único acto; pero á menudo para el mismo crímen ó el mismo delito existen varias leyes penales promulgadas en diferentes épocas, y en este caso, como respecto del concurso de las acciones, se presenta la cuestion

de saber si deben aplicarse á la vez las diferentes penas, ó solámente una de ellas. El principio sentado para el concurso de las acciones no es aplicable á este caso, donde se trata únicamente de indagar el verdadero sentido que puede diferir mucho ciertamente de la última ley penal. Ordinariamente se destina la nueva ley á reemplazar á la antigua la cual, encontrándose abolida, no hay lugar á colision alguna. A este principio obedece un senado-consulto que prohibe: *nequis ob idem crimen pluribus legibus reus fieret (gg)*; y esto es tambien lo que vemos aplicado á muchos delitos privados *(hh)*, Existe además un caso del todo diferente. Varios delitos privados se castigan tambien con una pena pública, sin que, sin embargo, puedan ambas penas acumularse; una sola de ellas es aplicable á eleccion de la persona ofendida *(ii)*. Este derecho de eleccion, perfectamente apropiado al fin, se encuentra prescrito especialmente para el robo *(kk)* y para la injuria *(ll)*. Pero no siempre tenía lugar esta alternativa entre las penas públicas y las privadas, así los publicanos sufrian por sus delitos una pena privada y además una pena pública *(mm)*.

§CCXXXV. *Extincion del derecho de accion.—II Concurso. Consideraciones generales.*

Hasta aquí he desenvuelto la regla, segun la cual, en el

(*gg*) L. 14. de accus. (XLVIII, 2) V. § 231, *b*.

(*hh*) La L. Aquilia derogó las leyes anteriores sobre la materia. L. 1. pr. ad L. Aquil. (IX. 2). Con arreglo al antiguo derecho, el *furtum manifestum* se castigaba con la *addictio*; el pretor introdujo una pena privada consistente en el cuádruplo del valor, por lo cual quedó abolida la pena rigurosa de la *addictio*. Gayo, III, § 189; IV, § III.

(*ii*) Se declaró este derecho como principio general en la L. 3 de priv. delictis (XLVII. 1).

(*kk*) L. 56, § 1, L. 92. de furtis (XLVII. 2).

(*ll*) § 10, J. de injur. (IV. 4), L. 35, 45, de injur. (XLV, 10). Ya antiguamente en el caso del *libellus*, podia elegirse entre la accion privada y el *publicum judicium* admitido en semejante circunstancia L. 6, de injur. (XLVII, 10). Con arreglo al derecho actual se puede tambien escoger entre la enmienda pública y la retractacion.

(*mm*) L. 9, § 5, de publicanis (XXXIX, 4): «Quod ilicite exactum est, cum altero tanto passis injuriam exsolvitur: per vim vero extortum cum pena tripli restituitur: *amplius extra ordinem plectantur*. Alterum enim utilitas privatorum, alterum vigor publica disciplina postulat.» Esto se refiere á la posicion particular de los publicanos respecto del Estado.

caso de concurso verdadero, se encuentra la segunda accion excluida por la primera, ya en totalidad (§ 232), ya en parte (§ 233). Voy ahora á indagar á que debe atribuirse en la primera accion esta eficacia y cuales son las formas jurídicas empleadas para conseguir el fin. Ofrecen estos dos puntos en el antiguo derecho complicaciones y dificultades numerosas; pero han llegado á ser muy sencillos en el derecho nuevo.

La primera cuestíon se resuelve facilmente por el principio sentado más arriba sobre el concurso, á saber: que una cosa obtenida ya, no puede ser reclamada por una nueva accion (§ 231-232).

De aquí resulta que la *prestacion efectiva* es la que excluye la segunda accion, importando poco que esta prestacion se haya verificado voluntariamente ó por virtud de una sentencia, ni que lo haya sido durante el curso del proceso ó anteriormente con la intencion de escapar á la accion de la condena.

Por otra parte, ni la accion ejercitada, ni la *litis contestatio*, ni aún la sentencia pronunciada excluyen la segunda accion (*a*), en tanto que no se haya verificado dicha prestacion efectiva.

Los antiguos jurisconsultos expresan este contraste de la siguiente manera: Perceptione, non litis contestatione; perceptione, non electione; solutione, non litis contestatione; ut magis eos perceptio, quam intentio liberet (*b*).

(*a*) En cuanto á la sentencia han sostenido lo contrario varios autores, dicien lo que la *actio judicati* da al demante un medio seguro de obtener satisfaccion, lo cual equivále á la satisfaccion misma (Donelo § 8); afirmacion que aparece evidentemente falsa cuando la otra accion se ejercita contra otra persona distinta del condenado en la sentencia, por ejemplo. cuando habiendo cometido dos individuos una falta en comun, caso en que puede ejercitarse la *actio doli* contra cada uno de ellos *in solidum*, resulta insolvente el condenado. Pero si no hubo más que un solo demandado no aparece motivo alguno para atribuir este efecto á la sentencia. pues el condenado puede siempre ejercitarse voluntariamente, extinguiéndose así todas las acciones. Aun en el caso en que antiguamente existía la consumacion del procedimiento, la *exrei judicato* no alcanzaba núnca mas que la *ex rei in judicium deductæ*. Volvemos á encontrar aquí el mismo principio que deja subsistir el derecho de prenda, á pesar de la condena de deudor. L. 13, § 4, de ping. act. (XIII, 7). «Nec per hoc videtur *satisfactum creditori*, quod habet judicati actionem.» Thibaut, p, 156, profesa igual doctrina que la mia, pero no la formula de una manera satisfactoria.

(*b*) L. 4, de his qui effud. (IX. 3), L. 7, § 4, quod falso (XXVII, 6), L.

No debe sin embargo, admitirse este principio, sino con algunas restricciones.

Desde luego implicaba una restriccion la antigua consumacion del procedimiento, cuando había identidad verdadera entre las obligaciones de varios deudores, principalmente cuando habia *duo rei* ó una caucion y un deudor principal (§ 232 *t*). Así cuando en semejante caso se perseguía uno de los deudores, la *litis contestatio* consumaba por completo la obligación, y la accion no podía ya ser ejercitada ni contra el mismo deudor, ni contra su codeudor, aunque el primero hubiera resultado insolvente, lo cual exponía al acreedor á muchos peligros *(c)*. Frecuentemente se procuraba eludir éste rigor inícuo por medio de contratos especiales *(d)*; algunas veces, tambien, el pretor protegía al acreedor por medio de la restitucion y otras vías de derecho *(e)*. Pero éste principio, que necesitaba tan artificiales remedios, era en sí mismo vicioso. Justiniano, pues, no merece más que elogios por haberlo abolido en los casos principales, como son el de los *duo rei* y el de la caucion unida al deudor principal *(f)*; y aunque no haya mencionado expresamente los demás casos de obligaciones idénticas, no por esto dejaron de quedar sustraidos al antiguo rigor *(g)*. Aquéllos que se encuentren inclinados á dudarlo, por no haber-

---

18, § 3, de pec. const. (XIII, 5) L. 32, pr. de pecul. (XV, 1), L. 35, § 1, loc. (XIX, 2).

(c) Existe, pues, evidente contradiccion entre el texto que literalmente he citado (nota *b*) y las siguientes excepciones empleadas en semejante caso: *petitione* unius, tota solvitur obligatio; si ex altera earum *egerit* utramque consumet..... cum altera earum *in judicium deduceretur, altera consumeretur*. L. 2, de duob. reis (XLV, 2). L. 16 íd., L. 5, in f. de fidejus. (XLVI, 1). Unicamente por inadvertencia han dejado los compiladores en el Digesto estos rasgos aislados del derecho antiguo.

(d) Cuando, por ejemplo, el que prestaba la caucion no prometía la misma suma que el deudor principal, sino que se obligaba en los siguientes términos: quanto minus ab illo consequi potero dare spondes? L. 116. de V. O. (XLV, 1). En este caso no era idéntica la obligacion.

(e) Keller, Litis contestation, § 61 y sig.

(f) L. 28, C. de fidejuss. (VIII, 41). A causa de esta innovacion dicen las Instituciones: «alter debitum *accipiendo*, vel alter *solvendo* totam perimit obligationem et omnes liberat.» § 1, J. de duobus reis (III, 16). Por igual motivo en la L. 8, § 1, de leg. 1 (XXX, un.) se ha añadido la interpolacion evidente de «et solutum.» Ribbentropp, p. 42.

(g) En los casos de simple solidaridad y en los más lejanos todavía de garantía comun, § 232, no fué nunca aplicado este riguroso principio. L. 1, § 43, depos. (XVI, 3). L. 52, § 3, de fidejuss. (XLVI, 3). C. eod. (VIII, 41). Su aplicacion á la *constituta pecunia* era asunto controvertido

se formalmente declarado, abandonarán todo escrúpulo, desde el momento que consideren que el principio mismo de la consumacion del procedimiento, al cual se refiere la innovacion, no desapareció de la legislacion justinianea, sino por simple omision, y que ántes del descubrimiento de Gayo, no conocíamos su existencia, ni la importancia que tuvo otras veces.

Además, existen numerosas relaciones de derecho que solamente autorizan al titular á escoger entre varias acciones, de manera que, elegida una de ellas, sea cualquiera su resultado, se encuentran excluidas las demás. Estos casos tienen, pues, una semejanza aparente, tanto con la antigua consumacion del procedimiento, como con el concurso de las acciones; pero de una y otra difieren de una manera esencial. En la mayor parte de los casos de este género, se muestra inmediatamente la diferencia en que cada una de las acciones tiene un objeto diverso; por consiguiente, trátase mas bien de escoger entre varios derechos que entre varias acciones. Cada uno de estos casos tiene su naturaleza especial; no descansan en ningun principio comun, y se encuentran fuera de la regla sentada para el concurso de las acciones. Creo necesario enumerarlo, porque con frecuencia se les ha hecho figurar equivocadamente en la teoría del concurso. Hé aquí la lista, pero advirtiendo que no aseguro se encuentre completa.

1) Cuando se hace una venta bajo la *lex commissoria* y el adquirente no paga en el dia fijado, puede el vendedor reclamar el precio en virtud de la *actio venditi*, ó la cosa misma en virtud del contrato accesorio; pero si intenta una de estas acciones, no puede ejercitar la otra (*h*). La accion que protege estos dos derechos, es siempre la *actio venditi*, y, sin embargo, difieren por su contenido y áun se excluyen y se contradicen mútuamente.

(§ 231, *g*). Por lo demás, la consumacion del procedimiento, fundada en la identidad verdadera de la obligacion, se muestra con más frecuencia en los casos en que hay *varios* deudores ó *varios* acreedores; algunas veces tambien tiene lugar entre las mismas personas y produce los mismos efectos, como por ejemplo, en la L. 1 § 21, de tutelæ (XXVII, 3): «In tutela *ex una obligatione* duas esse actiones, constat,» rel. Evidentemente se encuentra tambien abolida en estos casos la consumacion del procedimiento.

(*h*) L. 7, de lege comm. (XVIII, 3).

2) Otro tanto es aplicable á la eleccion entre la *actio redhibitoria* y *quanti minoris* (*i*).

3) Cuando roban esclavos dinero á su señor y encargan á un tercero que está en connivencia con ellos que compre una cosa con este dinero, el dueño de los esclavos puede ejercitar contra el tercero la accion nacida del robo, ó bien ratificar la compra y reclamar la cosa comprada, en virtud de la *actio mandati* que adquiere por sus esclavos (*k*).

4) El heredero instituido por un testamento provisto de la cláusula codicilar, puede elegir entre la *hereditatis petitio* ó la accion que nace del fideicomiso (*l*). Aquí uno de estos derechos excluye al otro.

5) El que da dinero para librarse de un proceso injusto, puede reclamar el dinero entregado por medio de una condictio, ó el cuádruplo del valor en virtud de la accion penal (*m*). Estos dos objetos son del todo diferentes, y podrían muy bien acumularse.

6) Cuando el comodatario se deja robar la cosa prestada, puede el propietario escoger entre la *actio commodati* y la *furti actio* contra el ladron (*n*); en este caso tambien ambos objetos son del todo diferentes.

7) El legatario tiene la eleccion entre la accion *in rem* y la accion *in personam* (*o*), derechos que difieren enteramente, aunque el resultado definitivo sea el mismo.

8) El viajero á quien se roba una cosa en una posada, puede escoger entre la *actio de receptis* y la accion contra los autores del robo; de manera que su eleccion excluye al mismo tiempo la *condictio* y la *furti actio* (*p*). Fúndase esta relacion especial en que la *actio de receptis* es un medio de

---

(*i*) L. 18, pr., L. 19, § 6, de ædil. ed. (XXI, 1), L. 25, § 1, de exc. rei jud. (XLIV, 2).

(*k*) L. 1, C. de furtis (VI, 2).

(*l*) L. ult., C. de codicillis (VI, 36).

(*m*) L. 5, § 1, de calumn. (III, 6). He señalado ya otra anomalía (§ 230, *d*), referente á la misma accion penal.

(*n*) L. 20, C. de furtis (VI, 2), § 10, J. de obl. quæ ex del. (IV, 1).

(*o*) L. 76. § 8, de leg. 2 (XXXI, un.), L. 84, § 13, de leg. 1, (XXX, un.).

(*p*) L. 3, § 5, L. 6, § 4, nautæ (IV, 9), L. 1, § 3, furti adversus nautas (XLVII, 5). Con arreglo á los principios generales deberían existir simultáneamente (§ 234), la accion contra el posadero y la *furti actio*, y la relacion de éstas con la condictio contra el ladron debería defender del resultado obtenido (§ 232). Sin embargo, segun los textos citados más arriba, el posadero atacado puede pedir la cesion de la accion contra los autores del robo.

derecho muy enérgico que está fuera de los principios generales (*q*).

§ CCXXXVI. *Extincion del derecho de accion.*—II *Concurso. Consideraciones generales.* (Continuacion).

He determinado más arriba los casos y los límites en que una accion era excluida por el resultado de otra (§ 232-233), y me falta que investigar las formas jurídicas en virtud de las cuales se verifica esta exclusion.

Una distincion debe hacerse en este punto. En los pocos numerosos casos en que el concurso de varias acciones descansa en la identidad verdadera de la obligacion (§ 232), una vez cumplida ésta, ya voluntariamente, ó ya por ejecucion forzosa, la relacion de derecho mismo queda disuelta respecto de todas las personas que en aquélla figuran, ora sea que la obligacion haya sido cumplida por estas ú otras personas (*a*). Así es, que igual resultado obtiene el pago de la deuda verificado por el fiador como por el deudor principal, puesto que ámbos estaban obligados por una misma deuda. Quedando anulado en este caso el derecho que servía de base á las acciones, estas mismas quedan tambien anuladas (§ 230), sin que haya necesidad de medio artificial alguno para rechazar la segunda accion, una vez que la primera ha dado por resultado el cumplimiento de la obligacion. Otra cosa sucede en los casos más numerosos y variados en que dos acciones no descansan sobre una obligacion idéntica, sino que el fin de una de ellas se ha conseguido en totalidad ó en parte por el resultado de la otra, lo cual constituye una satisfaccion indirecta del titular respecto de la accion no ejercitada todavía (§ 230). Es verdad que el demandante, con arreglo al rigor del derecho, podría intentar siempre esta última accion en vista de que la satisfaccion obtenida no se refiere directamente á la obligacion que le sirve de base, pero entónces violaría la *æquitas*, abuso

(*q*) L. 1, § 1, L. 3, § 1, nautæ (IV, 9).

(*a*) § 1, J. de duobus reis (III, 16), L. 3, § 1, id. (XLV, 2). Con arreglo á este mismo principio se extingue *ipso jure* la deuda y la accion, ya sea el deudor mismo el que ha pagado, ó ya lo haya hecho un tercero por él. L. 23, 53, de solut. (XLVI, 3).

que se corregía en este como en otros casos, por medio de una excepcion que á veces se llama *doli*, á veces *in factum*.

Tal es el principio expresado de una manera general en el siguiente texto de Gayo (*b*): Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur.

Vários autores consideran equivocadamente este principio como aplicable á toda clase de concurso. Cuando la prestacion obtenida disuelve la obligacion en sí misma, no hay necesidad de invocar la *æquitas*; sólo cuando el resultado de la ac ion ya ejercitada no satisfacía más que indirectamene la segunda, encuentra aplicacion dicho principio (*c*).

Aun en la aplicacion del mismo aparece todavía una distincion, fundada en la naturaleza general de las acciones. Si la segunda accion era rigurosa, debía la excepcion ser expresada en la fórmula para que el *judex* pudiese tenerla en cuenta; cuando por el contrario, la accion era libre (*arbitrium*), la mencion de la excepcion era igualmente posible, y áun lo más conveniente, pero no indispensable, pues el *arbiter* podía y debía tomar en consideracion excepciones no expresadas en la fórmula (*d*). En este último caso los antiguos jurisconsultos dicen algunas veces que la excepcion se verifica *ipso jure*, locucion ciertamente inexacta, pero que significa que no es necesario el mandato del pretor, y que basta la conviccion del *judex*.

Con arreglo á lo dicho no ofrecen dificultad alguna las aplicaciones siguientes:

Si la *actio venditi* concurre con la accion que resulta de una estipulacion y es ejercitada la segunda, encuéntrase la primera excluida *ipso jure*, miéntras que la otra accion, en igual caso, sería excluida *per exceptionem* (*e*).

La misma distincion cabe cuando la *condictio furtiva* concurre con la *actio commodati* (*f*).

(*b*) L. 57, de R. J. (L. 17).

(*c*) Este asunto se encuentra perfectamente desarrollado en Göschen. Vorlesungen, I, § 158, 159.

(*d*) Apéndice XIII, núm. IV.

(*e*) L. 2 , de a t. emti. (XIX, 1).

(*f*) L. 71, pr. de furtis (XLVIII, 2). Véase § 232, *h*. 34, § 1, de O. et A. (XLIV, 7): «altera actio alteram perimit,» «aut ipse jure aut per exceptionem, *quod est tutius*,» lo cual significa: «la condictio se rechaza *per exceptionem*, y la *actio commodati ipso jure*, es decir, sin que lo re-

Respecto al concurso de las acciones *doli* y *quod metus causa*, se declara que la última que se ejercita se excluye por una *facti exceptio* (*g*). Se reconoce aquí, pues, el empleo de la excepcion, aunque ámbas acciones sean *arbitria*.

Cuando, en el caso de semejante concurso, se intentaba primero la accion libre, podía temerse que al ejercitarse más tarde la accion rigurosa, se olvidase la excepcion, violándose, de este modo, la *æquitas*. Por esta causa los antiguos jurisconsultos aconsejan al *arbiter* que no condene en virtud de la accion libre, en tanto que el demandante no renuncie á su accion rigurosa (*h*). Declárase en otros términos la misma regla cuando se dice que el demandante debe garantizar al demandado contra el ejercicio de una nueva accion relativa al mismo objeto (*i*). Esta garantía se constituye por medio de una estipulacion, y no exije ni caucion ni prenda.

Estas distinciones y dificultades, tocantes á la forma, no existían ya en tiempo de Justiniano, puesto que entónces no había *formulæ*; pero áun antiguamente se podía precaver toda clase de perjuicio por un medio muy sencillo, que consistía en ejercitar todas las acciones á la vez, en cuyo caso el juez debía aplicar inmediatamente el principio del concurso (*k*). En el procedimiento actual el medio se ofrece por sí mismo, una vez que el demandante cuida de no limitar demasiado su demanda, pues el juez debe combinar todas las acciones fundadas de manera que produzca un resultado conforme con los principios expuestos sobre el concurso.

Las restricciones que para las acciones implican las reglas del concurso pueden concebirse aplicadas á las excepciones, y ocurre la cuestion de si éstas se encuentran sometidas á las mismas reglas. Desde luégo aparece entre unas y otras una gran diferencia, puesto que el peligro existente

---

clame la *doli exceptio*. Sin embargo, aun para esta última accion es más prudente expresar la excepcion en la fórmula.

(*g*) L. 14, § 13, *quod metus* (IV, 2).

(*h*) F. 25, § 5, L. 43, locati (XIX, 2), L. 7, § 1, commod. (XIII, 6), L. 9, § 1, de furtis (XLVII, 2).

(*i*) L. 35, § 2, de her. pet. (V. 3), L. 13, de rei vind. (VI, 1).

(*k*) Debió seguirse en el antiguo procedimiento la misma marcha, tratándose de un caso muy semejante, á saber, aquél en que el demandado, teniendo á su favor dos acciones, no sabía cuál de ellas era la fundada. L. 4, § 4, quod legat. (XLIII, 3). Véase Donelo, § 7.

para las acciones, peligro que está llamado á prevenir el principio del concurso, no existe para las excepciones. Respecto á las primeras el peligro consiste en conseguir muchas veces un mismo objeto, el cual, una vez cumplido, desaparece la base legítima de la accion; mas en las excepciones no puede darse esta circunstancia, porque no tienen más que un fin único y negativo, cual es rechazar la accion, fin que, por su naturaleza, sólo una vez puede ser cumplido. Por eso se reconoce que las excepciones son siempre admisibles al lado de otras excepciones, de igual manera que al lado de la negacion absoluta *(l)*. Las dudas que pueden suscitarse en los casos en que semejantes medios de defensa se encuentran acumulados, tienen otro fundamento, cual es la naturaleza contradictoria de su contenido. La discusion de esta materia entra en la teoría del procedimiento, que se encuentra fuera de mi propósito.

§ CCXXXVII.—*Extincion del derecho de accion.—* III. *Prescripcion.=Introduccion.*

Fuentes:
Inst., IV, 2.
Dig., XLIV, 3.
Cod. Just., VII, 37-40.
Novellæ Just., IX, CXI, CXXXI, C, 6.
Gayo, IV, § 110, 111.
Cod. Theod., IV, 14.
Autores:
Giphanii Explanatio Codicis, ad L. 3, C. de præscr., XXX. P. 2, p. 245-278.
Jac. Ravii Princ. doctrinæ de prescriptionibus, ed. 3. Halæ, 1790 *(a)*. § 126-152, § 165.
Thibaut, Besitz und Verjährung. Jena, 1802, § 38-56.
Unterholzner, Verjährungslehre, t. 1, 2, Leipzig, 1828.

(l) L. 43, pr. de R. J. (L. 17). Véase § 232, *a, b, c*, L. 5, 8, 9, de except. (XIV, 1).

(a) La primera edicion es de 1766. Este libro es notable como monumento del mal gusto y de la carencia de crítica que reinaba en esta época, y tambien á causa de la influencia que dicho libro ejerció durante largo tiempo.

Göschen, Vorlesungen, t. 1 § 148-155.

Kierulff, Theorie, t 1. p. 189-215.

Cuando perece un derecho de accion porque el titular descuida ejercitarlo en un cierto plazo, esta extincion del derecho se llama prescripcion de la accion. La frase romana *temporis* ó *temporalis præscriptio* no designa directamente este cámbio, es decir, la pérdida sufrida por el titular, sino el derecho concedido otras veces al demandado de rechazar, por medio de una excepcion, el ejercicio de la accion. De propósito he presentado la prescripcion bajo esta forma hipotética, y se concibirá perfectamente que su aplicacion al derecho de accion sucesivamente fuese nula ó muy rara, frecuente ó aun muy general. Por las investigaciones históricas expuestas en el siguiente párrafo se verá cuales son realmente los límites de esta aplicacion.

La prescripcion de las acciones tiene con otras instituciones de comun que en ella aparece el tiempo como condicion de una modificacion jurídica; sin embargo, con gran detrimento de la teoría y de la práctica se ha atribuido á esta analogía una extension exagerada, comprendiendo bajo un solo género todas las modificaciones de las relaciones jurídicas de que es condicion el tiempo. Esta clasificacion, adoptada sin exámen, se ha designado con el título de Prescripcion ó *Præscriptio*; y despues se ha subdividido en *acquisitiva* y *extintiva*, expresiones técnicas que deben abandonarse completamente al mismo tiempo que la idea jurídica por ellas representada. Esta errónea nocion nunca ofrece mayor peligro que cuando, en vez de atribuirle un sentido puramente hipotético que nada decide con relacion á las aplicaciones reales, se declara, sin apercibirse de ello, el falso principio de que todos los derechos en general se extinguen por la falta de ejercicio prolongada durante un cierto tiempo (*b*). Los partidarios de esta falsa doctrina limitan sus reglas con algunas excepciones aisladas, y para designarlas han inventado, sin necesidad, la expresion técnica de *res meræ facultatis* (*c*).

La prescripcion de las acciones es una institucion ente-

(*b*) Véase sobre estos errores y sobre las diferentes formas que revistieron el t. III, § 178.

(*c*) T. III, § 179.

ramente positiva, de igual modo que cualquiera otra transformacion de las relaciones de derecho donde figura como condicion una relacion de número (aquí un lapso determinado de tiempo). Los motivos de diversa apariencia que la han hecho nacer, entran en gran parte unos en otros y son comunes en su mayor número á la usucapion y á la institucion que nos ocupa (*d*).

El motivo más decisivo y general, igualmente aplicable á la prescripcion de las acciones y á la usucapion, consiste en la necesidad de fijar las relaciones inciertas de derecho susceptibles de dudas y de controversia, encerrando dicha incertidumbre en un lapso determinado de tiempo (*e*).

Un segundo motivo es la presumida extincion del derecho que la accion proteje; pero este motivo grave y verdadero puede fácilmente ser mal comprendido. El sentido de esta presuncion consiste en la inverosimilitud de que el titular del derecho hubiese descuidado tan largo tiempo el ejercitar su accion, si el derecho mismo no se hubiese extinguido de un modo cualquiera, por mas que no exísta la prueba de ello (*f*). Esta presuncion sólo tiene valor realmente en las largas prescripciones, y, propiamente hablando, se aplica tan solo á las acciones personales, principalmente á las que resultan de un crédito, pues la extincion regular del derecho consiste en un acto pasagero que no deja ningun vestigio y cuya prueba resulta á menudo imposible. De este carácter restringido de la presuncion que me ocupa, se desprende que no debe ser considerada

---

(*d*) He tratado este asunto de una manera general en el t. III, § 177; y este es el lugar de profundizarlo convenientemente.

(*e*) Encuéntrase frecuentemente declarado este motivo, no para la prescripcion, sino para la usucapion. Ciceron, pro Cæcina, C. 26 «usucapio fundi, *h. e.* finis sollicitudinis ac periculi litium.» Gayo, II, § 44: «ne rerum dominia diutius in incerto essent. El mismo Gayo, en la L. I, de usurp. (XLI. 3), y Neracio en la L. 5, pr. pro usurp. (XLI, 10).

(*f*) Esta extincion puede resultar del pago, de la compensacion, de la novacion etc., como tambien de la remision de la deuda. Esta última posibilidad es el único elemento de verdad relativa que debe reconocerse en la opinion de los que presentan el abandono como el fundamento de la prescripcion. Véase t. III, p. 96. La indeterminacion de estas diversas aplicaciones de la prescripcion y la incertidumbre en que el demandado mismo puede encontrarse respecto á la duracion de la relacion de derecho, principalmente, si no es más que heredero del deudor originario, hacen que la prescripcion pueda ser invocada en concurrencia con cualquier otro medio de defensa, áun la negacion absoluta de la deuda.

como una presuncion ordinaria, y por tanto, el demandante no puede tratar de suministrar la prueba contraria, como, por ejemplo, defiriéndola al juramento del demandado. El carácter esencial de la prescripcion de las acciones y su mayor ventaja consiste precisamente en dejar casi siempre en la indecision, supuesta la extincion de la deuda, la circunstancia de que no haga más que suplir la prueba ó verifique por sí una modificacion en la situacion jurídica. Una presuncion semejante existe respecto de la usucapion, uno de cuyos motivos consiste en la inverosimilitud de que un propietario verdadero hubiese descuidado durante un largo tiempo la reivindicacion de su propiedad. Ahora bien; ¿la usucapion transfiere la propiedad ó no hace más que suplir la prueba de un derecho adquirido? Aquí tambien resulta indecisa esta cuestion. Encuentra principalmente su aplicacion el principio en la usucapion de treinta años en ausencia de un título, pues frecuentemente este título ha existido realmente y se ha perdido por accidentes despues.

Se dá como tercer motivo de la prescripcion de las acciones el castigo de la negligencia, motivo que se indica claramente en las fuentes (*g*). Sin embargo, no debe tomarse esta expresion en el sentido ordinario de pena, porque la negligencia que no perjudica á otro no es en general punible; y, por otra parte, el ejercicio de la accion se difiere con frecuencia por pura condescencia hácia el deudor, en lo cual ciertamente no verá nadie una violacion de su derecho. El castigo de la negligencia debe considerarse, no como un motivo positivo de la prescripcion, sino como una contraposicion á la censura de dureza y de injusticia que se la dirige. He mencionado ya el motivo positivo que se funda en el interés general; el tiempo que se deja al demandado para ejercitar su accion permite consultar este interés sin comprometer demasiado los derechos particulares. Al titular se le exige que sacrifique al bien público, no ya su derecho, sino su negligencia. Si permanece inactivo, sólo á sí mismo debe imputar la pérdida que experimenta, y este resultado

(*g*) L. 2, C. de ann. exc. (VII, 40): «Ut... sit aliqua inter desides et vigilantes differentia...» L. 3, C. id.: «cum contra desides homines, et sui juris contentoris, odiosæ exceptiones oppositæ sunt.» L. un., C. Th. de act. certo temp. (IV, 14): «Verum ne quo otioso nimis ac desidi querimonia relinquatur...»

es el que aparece como una pena. Semejante encadenamiento de ideas se encuentra claramente expresado en las fuentes con motivo de la usucapion, y es aquí perfectamente aplicable, puesto que en ámbos casos las razones son idénticas (*h*). Si la *pœna negligentiæ* es más bien que motivo positivo de la prescripcion de las acciones, una respuesta á una objecion posible, tiene este motivo una gran influencia sobre las aplicaciones particulares de la institucion, pues hemos de ver que tratándose de ella se indaga con cuidado si el titular del derecho ha podido en virtud de sus gestiones librarse del perjuicio que le ocasiona la prescripcion. Por lo demás, es evidente que el argumento expuesto es principalmente perentorio para las largas prescripciones, por ejemplo, las de treinta años, y que tiene ménos fuerza respecto de las acciones pretorianas anuales y respecto de la usucapion anual del antiguo derecho.

Existe, además, un motivo para la prescripcion de las acciones que no es aplicable á la usucapion. El demandante puede intentar su accion cuando le plazca, y por tanto, difiriéndola, aumentar las dificultades de la defensa, porque los medios de prueba pueden perecer sin culpa del demandado, como sucede, por ejemplo, si los testígos llegan á morir. La prescripcion viene, pues, á restringir este derecho absoluto del demandante y á evitar, hasta cierto punto, su mala fé.

Se aduce, por último, como motivo de la prescripcion de las acciones la disminucion de los pleitos (*i*), cosa que no debe entenderse literalmente, porque no es de ningun modo apetecible ver abandonar un proceso bien fundado. Pero debe reconocerse que la prescripcion impide muchas acciones que habrían de reconocerse como mal fundadas despues de grandes disgustos y costas, ó que, y esto sería lo

---

(*h*) L. 1, de usurp. (XLI, 3): «cum *sufficeret dominis* ad inquirendas res suas statuti temporis spatium.» De igual modo Gayo, II, § 44. Este segundo motivo estaba íntimamente ligado con el primero. En efecto, la presuncion del pago resulta, no del tiempo trascurrido, sino de la inverosimilitud de que un acreedor descuide, durante un lapso de tiempo tan largo, el hacer valer su bien fundados derechos.

(*i*) Este motivo se alega, no con motivo de la prescripcion, sino de una institucion análoga, en la L. 2, pr. de aqua pluv. (XXXIX 3): «...vetustas quæ semper pro lege habetur, *minuendarum scilicet litium causa.*»

más deplorable, dieran ocasion por falta de pruebas á una decision injusta.

La prescripcion de las acciones es una de las instituciones más importantes y más saludables *(k)*. En ésta, más que en ninguna otra materia, han conservado su autoridad los principios del derecho romano, no sólo en los paises del derecho comun, sino tambien en los que están regidos por los códigos modernos. Las modificaciones introducidas consisten, en efecto, principalmente, en la fijacion de nuevos plazos para las diversas acciones, lo cual en teoría tiene sólo un interés secundario.

§ CCXXXVIII. *Extincion del derecho de accion.* III. *Prescripcion. Historia.*

Acabo de exponer bajo una forma hipotética el principio de la prescripcion de las acciones (§ 237); trátase ahora de darle una base histórica.

Durante largo tiempo fué esta institucion completamente extraña al derecho romano. Cuando los pretores insertaron en el edicto acciones enteramente nuevas, solían añadir como condicion la de que fueran ejercitadas dentro del año (intra annum judicium dabo), lo cual constituía una excepcion á la antigua regla de la duracion perpetua del derecho de accion. Poco despues fueron admitidas semejantes excepciones para ciertas acciones civiles.

La *longi temporis præscriptio* dió por primera vez á esta institucion un carácter de generalidad. Contra toda accion nacida de la propiedad ó de un *jus in re (speciales in rem actiones*) pudo el poseedor oponer una prescripcion de diez años, y algunas veces de veinte, probando las condiciones principales de la usucapion, principalmente el título y la *bona fides*, por más que no hubiese cumplido dicha usucapion, pues entónces no hubiera tenido necesidad de invocar la excepcion. La *longi temporis præscriptio* se amplió bajo el reinado de Constantino: la ausencia del título y de la *bona*

(k) Casiodoro, Var. V, 37: «Tricennalis autem *humano generi patrona præscriptio...*» Aparte de lo inchado del estilo, defecto habitual del autor, aprecia con gran exactitud la importancia práctica de esta institucion.

fides, pudo ser suplida por una posesion más larga, cuyo término parece haber variado entre treinta y cuarenta años. Pero nada de esto concernía á las demás clases de acciones, y las personales principalmente permanecían siempre imprescriptibles *(a)*.

La primera ley sobre prescripcion que tuvo un carácter de generalidad fué dictada por Teodosio II en 424 y se insertó con algunas diferencias en dos colecciones de constituciones imperiales (*b*). Voy á exponer seguidamente el contenido detallado de esta ley importante que forma la base del derecho relativo á la prescripcion. Desde luego confirma todas las prescripciones ya existentes; y además en los casos en que no existía establece una prescripcion de treinta años, no solamente para las *speciales in rem actiones*, como otras veces, sino tambien para la *hereditatis petitio* (*de universitate*), y por último, que es el punto capital, para las acciones personales. La *actio finium regundorum* se exceptúa formalmente; pero habiendo abolido Justiniano esta excepcion en una de sus constituciones, el Código justinianeo no hace mencion de ella (*c*). La accion hipotecaria contra el deudor fué tambien indirectamente exceptuada; y mantenida la excepcion por el Código de Justiniano (*d*), este punto fué, más tarde, regulado por una disposicion especial. Todas las acciones existentes fueron sometidas á la regla de los treinta años, pero con la condicion de que el tiempo exigido para su prescripcion tendría que exceder al ménos en

(*a*) Unterholzner, I, 17.

(*b*) L. un. C. Th.. de act. certo temp. fin. (IV, 14), L. 3, C. J. de prœscr., XXX (VII, 39). En el Código Justiniáneo, la inscripcion dice *Honorius et Theodosius*, lo cual es imposible puesto que Honorio había muerto ántes del año 423. En el Código Teodosiano se lee únicamente Theodosius, lo cual no ofrece dificultad alguna. Pero otro fragmento de la misma ley (L. 7, C. Th., de cognitor. II, 12), tiene por inscripcion, Theod. et Valent., lo cual es tambien admisible, porque Valentiniano III fué asociado al imperio en 424. Es evidente, sin embargo, que esta ley pertenece exclusivamente á Teodosio II. Véase Unterholzner, I, § 18. Wenck, ad L. un. C. Theod., cit. Zizardinus Leges Novellæ Theodosii rel., p. 278.

(*c*) L. I, § 1, C. de ann. exc. (VIII, 40). Véase nota *i*.

(*e*) L. 3, C. cit.: «Eodem etiam jure in ejus persona valente, qui pignus vel hypothecam *non a suo debitore. sed ab alio*... possidente nititur vindicare.» El argumento *a contrario* es aquí perentorio. Esta excepcion se funda probablemente en el motivo de que la prescripcion no podía empezar, puesto que el deudor posee la prenda con el consentimiento del deudor.

diez años de la fecha de la publicacion de la ley. Esta disposicion transitoria fué naturalmente omitida en el códlgo justinianeo. Las acciones prejudiciales referentes al estado de las personas ofrecen alguna dificultad por no haberse comprendido en la enumeracion de las diversas clases de acciones sometidas á la nueva prescripcion (*e*); pero la disposicion final de la ley las abraza realmente en su generalidad (*f*).

Admitida esta ley en el Código Teodosiano fué tambien introducida en Occidente. Valentiniano III aseguró su ejecucion por disposiciones especíales donde se condenan principalmente las interpretaciones restrictivas (*g*).

Viene enseguida una ley del emperador Anastasio, publicada en 491, la cual establece como último complemento una prescripcion de cuarenta años para todas las acciones que no estaban sometidas todavia á ninguna prescripcion (*h*).

El verdadero objeto de esta ley, inserta en el Código de Justiniano, no resulta enteramente claro. La suposicion más natural es la de creer que se aplica á las acciones especialmente exceptuadas por Teodosio, las cuales en vez de continuar siendo imprescriptibles, estarán únicamente sometidas á una prescripcion más larga. Pero esta interpretacion no carece de dificultades. Su aplicacion más segura es á la *actio finium regundorum* que había sido exceptuada en la ley de Teodosio y que ahora se prescribe por cuarenta años Acaso, tambien, hubiese sido expresamente nombrada en dicha ley de la cual no conservamos su redaccion original. Más tarde sometió Justiniano esta accion á la prescripcion de treinta años (*i*)). La accion hipotecaria contra el deudor

---

(*e*) L. 3, C. cit.: «Sicut in rem speciales, ita de universitate, ac personales actiones...» Ninguna de estas designaciones es aplicable á las acciones prejudiciales,

(*f*) L. 3, C. cit.: «si qua res vel jus aliquod postuletur vel persona *qualicumque actione vel persecutione pulsetur.*» Unterholzner, I, § 18, pretende que estas palabras se refieren exclusivamente á las acciones prejudiciales, por más que nada justifica esta interpretacion.

(*g*) Nov. Valent., t. VIII, XII (a. 449 y 452). Unterholzner, I, p. 446 nota 433 parece haber comprendido mal esta ley.

(*h*) L. 4, C. de præscr., XXX (VII, 39) véase sobre esta ley á Unterholzner, I, § 19.

(*i*) L. 6. fines reg. (III, 39), Esta disposicion atribuida á Teodosio I es

no figura entre las excepciones abolidas, puesto que el Emperador Justino que las sometió á una prescripcion de cuarenta años dice formalmente que antes de él esta accion era imprescriptible (*k*). Despues añade el Emperador que la ley de Tedosio había sido restringida por interpretaciones arbitrarias, y por las expresiones de que se sirve, parece condenar estas restricciones (*l*); de manera qne podría referirse á estos casos el nuevo suplemento de los cuarenta años. Pero entónces no se comprendería como el Emperador, al prolongar el tiempo de la prescripcion, viene á confirmar interpretaciones que él mismo considera como erróneas. Si en realidad las acciones prejudiciales de que ántes he hablado no estaban contenidas en la ley de Teodosio ó habrían sido excluidas por interpretaciones posteriores, debía referirse á estas acciones la ley de Anastasio, como efectivamente parecen indicarlo ciertas palabras (*m*). Esta sería tambien la única disposicion de la ley de Anastasio aplicable al derecho de Justiniano. Por lo demás, hubiera sido mucho mejor insertar este texto en el Código, donde sólo puede dar orígen á dudas.

Despues de haberse expresado en términos generales y absolutos, Anastasio mismo tuvo cuidado de hacer vaga y oscura su ley, declarando en constituciones posteriores que había sido aplicada equivocadamente á dos acciones que son imprescriptibles. La primera es la accion de una ciudad contra las personas que intentaban sustraerse á sus obligaciones como miembros de la curia (*n*); la segunda es la accion del fisco para el pago de los impuestos (*o*).

Justiniano, por último, en una de sus constituciones sancionó la observancia general de la prescripcion treintenaria,

---

del mismo Justiniano, como se demuestra comparándola con la L. 5, Cod. Theod., fin. reg. II, 25). Véase nota *e*.

(*k*) L. 7, pr. C. de præscr., XXX (VII, 39).

(*l*) L. 4, C. cit.: «...siqua sit actio, quæ cum non esset expresim supradictis temporalibus præscriptionibus concepta, quorumdam tamen vel fortuita *vel excogitata interpretatione* sæpe dictarum exceptionum laqueos evadere posse videatur...»

(*m*) L. 4, C. cit. «...quicumque super quolibet jure... *superque sua conditione, qua per idem tempus absque ulla judiciali sententia simili munitione potitus est*, sit liber, et... securus.»

(*n*) L. 5, C. de præscr., XXX (VII, 39).

(*o*) L. 6, C. de præscr., XXX (VII. 49).

salvo el caso de la accion hipotecaria que prescribe á los cuarenta años (*p*), respecto á la cual su predecesor habia dictado una ley especial. Lo expuesto confirma la crítica que ántes hice de la insercion de la ley Anastasiana, pues desde la constitucion de Justiniano no hay lugar á aplicarla. Justiniano enumera en su Constitucion las siguientes acciones respecto á las cuales se había puesto en duda equivocadamente la aplicacion de la prescripcion:

1) *Familiæ herciscundæ, communi dividundo, finium regundorum.* En cuanto á las dos primeras nació la duda probablemente de que se había confundido la demanda de particion, que es imprescriptible con la reclamacion de una suma determinada de dinero. (§ 252). En cuanto á la tercera Justiniano fúé el primero que decretó su prescripcion (nota *i*).

2) *Pro socio.* Aquí tambien provenía la duda probablemente de que se había confundido el derecho imprescriptible de romper la sociedad con la accion ó el pago de una suma.

3) *Furti* y *vi bonorum raptorum.* El error provenía de que creyeron muchos equivocadamente que el ladron, al continuar poseyendo la cosa robada, cometía incesantemente un robo nuevo, y que de este modo, la prescripcion de la *furti actio* renacía á cada instante (*q*).

De esta exposicion histórica resulta que al principio todas las acciones eran imprescriptibles, que más tarde fueron algunas excepcionalmente declaradas prescriptibles, y que, por último, se convirtió la excepcion en regla general. A esta modificacion de la materia corresponde la del lenguaje: así la expresion *perpetua actio*, que literalmente designaba una accion imprescriptible, se aplicó desde que no hubo ninguna á las acciones treintenarias, por oposicion á las de un plazo más corto (*r*).

Trato ahora de exponer los principios del derecho romano en materia de prescripcion, asunto que comprenderá:

(*p*) L, 1, § 1. C. de ann. excep. (VII, 40), del año 530:

(*q*) L, 1, § 1, cit.: «ex quo... semel nata est, *et non iteratis fabulis sæpe recreata quemadmodum in furti actione dicebatur.*» V. L, 9, pr., L. 67, § 2, de furtis (XLVII, 2).

(*r*) Pr. J. de perpetuis (IV, 12).

las condiciones de la prescripcion, sus efectos, sus excepciones, y su aplicacion á las *excepciones*.

Las condiciones de la prescripcion pueden reducirse á los cuatro puntos siguientes:

a) *Actio nata*.

b) Inaccion no interrumpida.

c) *Bona fides*.

d) Lapso de tiempo.

§ CCXXXIX. *Extincion del derecho de accion*.—III. *Prescripcion. Condiciones*. a. Actio nata.

Unterholzner, I, § 88; II, § 183, 260, 264-266.

Thon, en Linde's Zeitschrift, t. VIII, p. 1, 57, 1835 *(a)*.

La primera condicion de una prescripcion posible coincide con la determinacion de su punto de partida. Miéntras que un derecho no existe, no es posible descuidar ejercitarlo ni perderlo por negligencia. Para que una prescripcion comience, es preciso, pues, una *actio nata (b)*.

Todo derecho de accion exige dos condiciones (§ 205): en primer lugar, un derecho verdadero, actual y susceptible de ser reclamado en justicia; sin esto no hay prescripcion; de modo que si la obligacion está limitada por una condicion ó por un plazo, la prescripcion no comienza hasta que la condicion se cumpla ó espira el plazo (*c*); se necesita, en segundo lugar, una violacion del derecho que motive la accion del titular, consistiendo, por tanto, el punto más importante en caracterizar bien esta violacion jurídica, sin la cual la ac-

---

(*a*) Se verá que no estoy de acuerdo con este autor, en cuanto á los principales resultados; su trabajo, sin embargo, donde se trata este asunto con tanta evidencia como profundidad, me ha ayudado mucho en mis investigaciones.

(*b*) L. 1, § 1, C. de ann. exc. (VII, 40): «Sed ex quo ab initio competit, *et semel nata est*»... L. 3, C. de præscr., XXX (VII, 39): «actiones XXX annorum jugi silentio, *ex quo jure competere cœperunt*, vivendi ulterius «non habeant facultatem.» L. 30, C. de j. dot. (V, 12): «ei mulieribus ex eo tempore opponatur, *ex quo possunt actiones movere*.» Este último texto se refiere á la vez á la usucapion y á la prescripcion de las acciones.

(*c*) L. 7, § 4, C. de præscr., XXX (VIII, 39): «...in omnibus contractibus, in quibus sub aliqua conditione vel sub die... pacta ponuntur, post conditionis exitum, vel... diei... lapsum, præscriptiones XXX, vel XL, annorum... initium accipiunt.»

cion no puede ejercitarse. La mayor parte de las dificultades surgidas en esta materia, se deben á haberse apreciado equivocadamente la naturaleza de esta violacion, y si se lograsen armonizar todas las opiniones emitidas sobre este punto, semejante unificacion es indudable que pondría término á las controversias referentes al punto de partida de la prescripcion.

Si se subordina el principio de ésta al hecho de la violacion que la accion es llamada á combatir, este comienzo tiene una naturaleza puramente objetiva, por lo cual, importa poco que el titular tenga ó no de él conocimiento. Esta circunstancia es indiferente aún para las prescripciones cortas con *utile tempus*, salvo, sin embargo, algunos casos excepcionales en que se tiene en cuenta el conocimiento que el titular tenga de la accion *(d)*.

Desde el tiempo de los glosadores se trató de extender esta regla, doctrina que hoy todavía encuentra partidarios. Así, se pretende que la prescripcion comience ántes que la accion haya nacido, si dependía del titular que la accion naciera, regla que se formula del siguiente modo: 'toties præscribitur actioni nundum natæ, quoties nativitas est in potestate creditoris *(e)*. Se verá más adelante cuál fué el motivo de la invencion de esta regla; pero puedo desde luego demostrar su falsedad *(f)*. Para todas las obligaciones condicionales sin excepcion, la prescripcion no comienza hasta que la condicion se cumple (nota *e*), y sin embargo, hay condiciones verdaderas cuyo cumplimiento depende únicamente de la voluntad del titular *(g)*, respecto á las cuales, si se siguiera la regla antedicha, la prescripcion debería comenzar ántes de que la condicion se cumpliese. De igual modo la accion dotal comienza despues de la disolucion del matrimonio *(h)*, y sin embargo, puesto que podía depender de la voluntad de la mujer el disolverlo más pronto, cuando la conducta de su marido le daba motivo para la separa-

---

(*d*) Véase t. II, apéndice VII, núm. XXV, XXVI, y t, II, § 190.
(*e*) Unterholzner, II, p. 319; Kind, Quæst. for., t. III, C. 35.
(*f*) Thon, p. 2·6. rechaza esta regla despues de un detenido exámen.
(*g*) Véase t. II, § 117.
(*h*) L. 7, § 4, C. de præscr., XXX (VII, 39), L. 30, C. de j. dot. (V, 12). Véase nota *b*.

cion (*i*), aserto que aparece todavía más claro en el antiguo derecho con arreglo al cual la mujer podia áun sin motivo, provocar el divorcio, resulta evidente que, segun la mencionada regla, comenzaría la accion dotal en el momento mismo del matrimonio: absurdo que nadie pensará en admitir.

El asunto más importante y difícil de la regla que he sentado, por mi parte, consiste en su aplicacion á las diversas relaciones de derecho. Cuando me ocupe de este asunto, podré exponer detalladamente las dificultades que presenta la materia.

D ben, ante todo, distinguirse las acciones *in rem* de las acciones *in personam*.

Respecto de las primeras, el comienzo de la prescripcion es ménos controvertido que respecto de las acciones personales. La prescripcion de la reivindicacion y de las demás acciones del mismo género (*k*) principia con la posesion adquirida por otro sin el consentimiento del propietarío. Así, pues, cuando el propietario de una cosa mueble la pierde en lugar lejano y permanece muchos años sin ser descubierta, no hay lugar á la prescripcion; pero cuando habiendo encontrado otro dicha cosa, entra en la posesion de ella, comienza entónces la violacion de la propiedad, y por tanto, el derecho de accion para el propietario y la posibilidad de olvidar el ejercicio de este derecho. Para que la prescripcion comience á correr no es necesario que el poseedor sea requerido para devolver la cosa y rehuse hacerlo, como tampoco lo es que el propietario conozca la toma de posesion.

No es indispensable para motivar la prescripcion de la accion que el adversario posea como propietario, y, por consiguiente, no es cierto que la prescripcion de la reivin-

---

(*i*) Thon, p. 14-16, p. 56.

(*k*) Tales son la *publiciana*, la *actio vectigalis*, la accion del propietario superficiario y la accion hipotecaria, porque todas ellas se dirigen contra el poseedor. La *confessoria* y la *negatoria* tienen por condicion la violacion de un derecho, causa por la cual, el principio de la prescripcion tiene aquí un carácter determinado. Además, si bien es raro que se hable de prescripcion con motivo de estas acciones, la causa consiste en que dicha prescripcion se encuentra casi siempre absorbida por la usucapion de la servidumbre ó por la extincion resultante del no uso.

dicacion no pueda comenzar contra el locatario, el comodatario, ó el acreedor detentador de una prenda (*l*), porque, pudiéndose ejercitar la reivindicacion contra estas personas (*m*), no hay razon alguna para rehusarle la capacidad de prescribir. Contiene, no obstante, un elemento verdadero esta asercion errónea, á saber, que la prescripcion no comienza en tanto que las referidas personas posean en nombre del propietario, puesto que de este modo reconocen su derecho de cualquier manera (*n*).

El principio es idéntico para las acciones personales que para las *in rem*. La prescripcion comienza en el momento en que se falta al cumplimiento de la obligacion, sin el consentimiento del titular. Tampoco es aquí necesario que el deudor haya sido requerido á cumplir su obligacion y haya faltado dicho cumplimiento (*o*). De igual modo no tienen aplicacion á este punto las condiciones especiales exijidas para constituir la *mora*. Entraña ésta, en efecto, para el deudor, ciertos perjuicios positivamente determinados, tales como el pago de los intereses, la responsabilidad, etcétera, y, en este caso, tiene por objeto el requerimiento impedir que el deudor alegue como razon ó como pretexto de su tardanza el consentimiento tácito del acreedor. Pero estas condiciones no son en modo alguno necesarias para poder intentar una accion. Si el acreedor descuida advertir al deudor, esta omision es precisamente uno de los olvidos, cuyo resultado definitivo es la pérdida del derecho de accion por virtud de la prescripcion (*p*).

Síguese ahora tratar de la aplicacion de la regla á las diversas obligaciones; voy á empezar por los casos en que dicha regla tiene una aplicacion pura y simple sin que complicaciones de hecho vengan á suscitar dudas ó á motivar excepciones verdaderas. Tales son los siguientes:

(*l*) Esta opinion es la de Unterholzner, II, § 183, 264. Este autor confunde la prescripcion de las acciones con la usucapion respecto á la cual es efectivamente exacta su teoría.

(*m*) L. 9, de rei vind. (VI, 1).

(*n*) A este caso se refieren la L. 2, y la L. 7, § 6, C. de præscr., XXX (VII, 39). Kierulff, p. 198 sostiene la verdadera doctrina.

(*o*) Thon, p. 37, da esta falsa interpretacion á la opinion de los que hacen depender de una violacion de derecho el comienzo de la prescripcion.

(*p*) Se encuentra muy bien tratado este punto en Kierulff, p. 197.

1) Las obligaciones resultantes de los delítos. Desde el momento en que el delito ha sido cometido, la persona lesionada puede contar con la indemnizacion ó con la pena, y toda tardanza en la satisfaccion de las mismas es una violacion nueva del derecho sobre el cual descansa la accion *(q)*. La pr scripcion de ésta empieza, pues, tan pronto como se verifica la perpetracion del delito, puesto que hay negligencia desde el momento en que la persona lesionada difiere el ejercicio de su accion.

2) Los cuasi-contratos tienen una naturaleza semejante. La *tutelæ actio* comienza á la terminacion de la tutela (*r*), la *condictio indebiti* inmediatamente despues del pago de lo indebido, la accion dotal tan pronto como se disuelve el matrimonio (nota *h*); pues con arreglo á la naturaleza de estas diversas relaciones de derecho, el acreedor debe contar con la satisfaccion inmediata de las obligaciones que aquéllas implican, por lo cual, si difiere su reclamacion, este hecho constituye un principio de negligencia, cuyo resultado definitivo es la pérdida de la accion por virtud de la prescripcion *(s)*.

3) En el mismo caso se encuentran la mayor parte de las obligaciones fundadas en los contratos; esto es, todas las que no ofrecen las complicaciones de que he de ocuparme más adelante. Eran éstas entre los Romanos todas las acciones que resultaban de la extipulacion simple, y que no estaban limitadas por ninguna condicion ni por ningun pla-

(*q*) Thon, p. 36, presenta como carácter particular de las acciones nacidas de un delito, la circunstancia de que el punto de partida de la prescripcion se refiera á una violacion del derecho; pero se equivoca grandemente, porque confunde la violacion del derecho, contenida en en el delito mismo, con la falta de pago. La primera circunstancia es especial á los delitos; pero la segunda es comun á las demás obligaciones, y precisamente ésta es la que determina el punto de partida de la prescripcion.

(*r*) No en el momento de la aceptacion de la tutela que, por lo demás, contiene la base de la obligacion, determinando, en su consecuencia, la época en la cual comienza la hipoteca tácita; tampoco en el momento de un acto particular, como, por ejemplo, cuando un tutor, durante su administracion, distrae una suma de dinero. La obligacion propiamente dicha, y por consiguiente la *actio tutelæ*, comienza al fin de la tutela. L. 4, de tutelæ (XXVII, 3): «Nisi finita tutela sit, tutela agi non potest.»

(*s*) Burchardi, Grundzüge des Rechtssystems der Römer, p. 194, nota 11, pretende equivocadamente que este es un carácter especial de los cuasi-contratos, y que, propiamente hablando, sería preciso además una negativa.

zo; entre nosotros, como entre los romanos, todas las acciones fundadas en los contratos que tengan por objeto una prestacion única, cuando el acreedor no tiene obligacion que cumplir ó ha cumplido la que le correspondía; tales son, por ejemplo, las acciones de los comerciantes y de los obreros para reclamar el pago de las mercancías que han entregado ó de las obras verificadas. En todos estos casos, en efecto, el acreedor debe contar con el pago inmediato, y hay evidente negligencia por su parte en no intentar su accion, cuando el deudor no satisface voluntariamente. Pretender que en semejante circunstancia probase el demando despues de treinta años que se había requerido al pago y negádose á ello, sería anular en la práctica el beneficio de la prescripcion; porque si la negativa ha sido de esta manera expresada, la accion se sigue casi siempre, siendo los demás casos los únicos importantes para la prescripcion. Es digno de observarse que esta aplicacion de la prescripcion de las acciones tiene en la vida real mayor interés, porque abraza las numerosas transaciones ordinarias cuyo carácter pasajero y secundaria importancia implican, como consecuencia inevitable, ménos cuidado en la conservacion de los medios de prueba; y véase aquí, principalmente, cuán fundados son los motivos de la prescripcion más arriba expuestos (§ 237). Cuando los herederos de un acreedor ó de un fabricante vienen á intentar una accion á los treinta años de la existencia de ésta, invocando los libros de su causahabiente, hay gran probabilidad de que la deuda se haya pagado; y en caso en que no lo hubiera sido, el acreedor es culpable ciertamente de una excesiva negligencia.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, los legisladores modernos han fijado para las diarias relaciones de la vida, prescripciones muy cortas *(t)*, cuyos plazos corresponden perfectamente á las necesidades y tambien al interés bien entendido de los acreedores. Debemos, por tanto, no aumentar en derecho comun la dificultad de la prescripcion

---

(*t*) Código civil, art. 2271 y siguientes.—Ley prusiana del 31 de Marzo de 1838, über kürzere Verjährungsfristen, (Gesetzsammlung, 1838, página 249).

de treinta años y hacerla casi imposible, subordinando su punto de partida á condiciones arbitrariamente creadas.

§ CCXL. *Extincion del derecho de accion. III. Prescripcion. —Condiciones.* a. Actio nata. (Continuacion).

Voy ahora á examinar las acciones personales respecto á las cuales ha sido equivocadamente puesta en duda la aplicacion de la regla expuesta en el § 139 y aquéllas en que deba ser efectivamente modificada.

A) Varios autores pretenden que en el caso de un contrato bilateral, de una venta, por ejemplo, cuando ninguna de las partes ejecuta el contrato, no comienza la prescripcion para ninguna de las dos acciones, en vista de que la *exceptio non impleti contractus* impide que una y otra puedan ser *actio nata* (*a*).

Si fuera exacta esta doctrina implicaría un perjuicio para la parte consecuente y exacta, favoreciendo á la parte que fuese informal, pues ésta no tendría que temer la prescripcion de su accion, miéntras que llevaría cuidado de conseguir la de su adversario. La reflexion nos muestra que no debe ser admitido un resultado tan injusto; pero falta saber cómo puede impedirse. Unterholzner invoca en este punto la regla de que la prescripcion de una accion no existente todavía, comienza desde que depende de la voluntad del futuro adversario hacerla nacer (*b*); pero he probado anteriormente (§ 239) la falsedad de esta regla. De hecho, el orígen del derecho de accion no está en manera alguna subordinado á la posibilidad de la excepcion, arriba enunciada. Las acciones que nacen del contrato existen desde el momento en que este fué concluido; desde entónces cada una de las partes puede ejercitar la suya, y omitiendo hacerlo, se incurre en la negligencia que, prolongada durante un cierto tiempo, da lugar á la prescripcion. Ninguna excepcion impide la existencia de un derecho de accion, ni tampoco la posibilidad de usar ó de no usar ésta: la razon consiste en primer lugar, en que se ignora si la excepcion será ó no pre-

---

(*a*) Thibaut, Pandekten, § 1020.
(*b*) Unterholzner, II, § 260.

sentada, ni si será admitida por el juez; en segundo lugar en que la excépcion de que aquí se trata tiene un carácter dilatorio y no puede nunca hacer pronunciar definitivamente la liberacion del demandado (*c*); de manera que la accion puede en todo caso ser intentada y dará, al ménos por resultado cierto, la interrupcion de la prescripcion (*d*).

Las dudas suscitadas sobre este caso carecen, pues, de fundamento y la regla desenvuelta en el párrafo precedente se aplica aquí en toda su integridad. En efecto, una vez convenido el contrato por las partes, cada una de ellas debe creer que la otra lo ejecutará inmediatamente, conforme á la naturaleza de la venta; y ésta fundada esperanza engendra el derecho de accion, así como tambien la posibilidad de descuidar su ejercicio en caso de inobservancia.

B) Los casos más difíciles son aquéllos en que la relacion misma de derecho crea un estado permanente, cuyo fin depende de la voluntad del acreedor. La accion en virtud de la cual puede verificarse esta modificacion, se encuentra, como todas las demás acciones, sometida á la prescripcion; pero el punto de partida de ésta ha suscitado las mayores dificultades. Los principales casos de este género, son, por un lado, (*e*) el deposito, el comodato y el precario (*f*); por otro, el derecho de retirar una prenda que se encuentre bajo el poder del acreedor (*actio pignoratitia directa*) y la *actio venditi* nacida de un contrato de *retrovendendo*. Los cuatro primeros casos tienen absolutamente idéntica naturale-

---

(*c*) L. 13, § 8, de act. emti (XIX, 1): «...*nondum* est ex emto actio, venditor enim, *quasi pignus*, retinere potest eam rem quam vendidit.» Las palabras nondum *est* actio, no deben tomarse al pié de la letra; es preciso sobreentender: cum effectu.

(*d*) Vangerow, 1, p. 170, 171, Kierulff, 1, p. 193, 197, enseñan la misma doctrina.

(*e*) Hablo del préstamo sin interés, porque el préstamo con interés, por consecuencia de las prestaciones periódicas que con él se relacionan, entra en la tercera clase de obligaciones.

(*f*) Respecto al precario, ora se adopte el antiguo punto de vista de los Romanos, esto es, un interdicto fundado en un delito, ora el punto de vista moderno, que lo asimila á un contrato, la prescripcion comienza siempre en la misma época. En efecto, considerado bajo este último aspecto, el precario tiene la naturaleza de un comodato; y bajo el punto de vista de los antiguos Romanos, el abuso de confianza, que constituye el delito, no comienza hasta que el propietario reclama la cosa y el detentador rehusa devolverla.

za; los dos últimos dan lugar á algunas consideraciones particulares.

Comenzando por el préstamo sin interés, pongamos el caso de su forma más simple, á saber, cuando es completamente indeterminado y no se ha convenido nada respecto á la restitucion. Entónces, con arreglo á la naturaleza del contrato, no debe contar el acreedor con una devolucion inmediata, pues, por su expreso consentimiento, el prestatario posee el dinero por un tiempo indeterminado. No existiendo esta natural esperanza, no existe accion que la proteja, y, por consiguiente, tampoco comienzo posible de prescripcion. ¿Podría encontrarse aquí la negligencia que la prescripcion supone? Nadie sostendrá que el préstamo en sí constituye una negligencia. A lo más podría tacharse al acreedor de negligente por dejar subsistir el préstamo muy largo tiempo sin reclamar su restitucion ó procurarse un nuevo título; pero este detalle debería ser regulado por una ley positiva, pues de otro modo, no existe época determinada en la cual comience la negligencia, base de la prescripcion. Este principio aparece con toda claridad comparando este caso con los mencionados en el párrafo precedente. Cuando un mercader ó un fabricante presentan una cuenta, pueden no exigir su inmediato pago, y lo más frecuente es que así suceda; mas ésta es una condescendencia extraña á la relacion de derecho, y precisamente por esto exige una atencion mayor para que no dejenere en negligencia. Por el contrario, el prestatario posee el dinero, no por la condescendencia del prestamista, sino en virtud de la esencia misma del contrato. En este caso, pues, la prescripcion no comienza en el momento que fué entregado el dinero, porque en este momento no existía la violacion, ni era posible accion alguna. Por otro lado, no se podía sin injusticia exigir una negativa del deudor. La reclamacion del acreedor es bastante, aunque el deudor no niegue; y la causa de que la prescripcion comience en el momento de la reclamacion consiste en que desde entónces el deudor no posee ya el dinero con el consentimiento del acreedor.

Con apariencia de fundamento se ha opuesto á esta doctrina el siguiente texto del derecho romano (*g*). Sint

(*g*) L. 94, § 1, de solut. (XLVI 3).

autem communes nummos credam, aut solvam, *confestim pro parte mea nascetur et actio*, et liberatio.

Bajo este sentido, se dice que la accion comienza en el momento del préstamo y no en el momento de la reclamacion. Sin embargo, las palabras del texto se explican por las que le preceden. Si ha sido hecho un préstamo ó un pago con el dinero de otro, estos actos jurídicos son nulos, porque el propietario del dinero puede reivindicarlo; pero estos actos llegan á ser válidos si el dinero recibido se consume porque semejante hecho destruye la propiedad *(h)*. A esta regla añade el texto citado una restriccion natural, respecto al caso en que el prestamista fuese propietario de una parte de la suma; y declara que en cuanto á esta parte el préstamo ó el pago es inmediatamente válido. Aquí, pues, la palabra *confestim* contrasta evidentemente con la necesidad de haberse gastado el dinero y no con la reclamacion del acreedor, de quien el texto no dice absolutamente nada.

El caso del préstamo puede tambien presentarse bajo otras formas, como, por ejemplo, cuandó desde su orígen se hizo por un tiempo determinado. La prescripcion comienza entónces indudablemente á la expiracion del término y no ántes, porque el acreedor carecía todavía de accion, ni despues, porque desde la expiracion del término la posesion del deudor no tiene el consentimiento del acreedor. Con arreglo á las cláusulas del contrato, el acreedor debe esperar el inmediato pago, y si consiente tácitamente en un aplazamiento, es esta una pura condescendencia extraña al contenido del acto jurídico (*h* 1).

Pretenden varios autores que el préstamo reviste un carácter particular cuando el deudor se compromete, formalmente á devolver el dinero *al primer requerimiento*. Se cree que la accion se encuentra entónces sometida á una condicion suspensiva, opinion que sostienen aún aquéllos que, en el caso más simple de que acabo de hablar, hacen comenzar la accion desde el momento del préstamo. Debe re-

---

(*h*) L. 13, pr. § 1, de reb. cred. (XII, 1).

(*h* 1) La cuestion sobre si la *mora* resulta de la espiracion del término, ó si es necesario para incurrir en ella el requerimiento del acreedor, está muy controvertida; pero no debo ocuparme aquí de ella, porque las condiciones de la *mora* nada tienen de comun con el punto de partida de la prescripcion.

chazarse semejante doctrina, porque las palabras trascritas no son más que la repeticion superabundante de una cláusula que se implica por sí misma con arreglo á la naturaleza del contrato; quererla tratar como condicion sería una interpretacion forzada, contraria á la intencion de las partes. Bajo este concepto la frase *cum petiero* empleada en una estipulacion, no se considera como condicion, ni como *dies*, sino como una especificacion de la obligacion contratada *(i)*.

La cláusula que expresa un término bajo la forma de *tres meses despues delprimer requerimiento*, no se considera como una condicion, sino como un *dies* añadido en favor del deudor para dejarle tiempo de procurarse dinero. Sin embargo, el efecto natural de esta cláusula consiste en que la prescripcion no comienza ya inmediatamente despues del requerimiento, sino tres meses despues, es decir, cuando la accion puede ser intentada. La misma regla es aplicable cuando el plazo no se fija por un contrato, sino por una ley especial del Estado *(k)*.

Las reglas expuestas en este lugar sobre el punto de partida de la prescripcion en el préstamo sin interés, tienen poca importancia práctica. Es raro que se preste para largo tiempo una suma considerable sin devengar intereses, y si excepcionales circunstancias determinan un préstamo de este género, las partes deben tomar precauciones especiales para asegurar sus derechos respectivos.

Por lo demás, esta cuestion se encuentra muy controvertida. Varios autores participan de mi opinion *(l)*. Otros, por el contrario, sostienen que la prescripcion comienza en el instante mismo del préstamo ó al cumplirse el plazo que debe seguir al requerimiento cuando se establece una cláusula semejante (*m*). Estos se apoyan en la regla ántes refutada sobre que la prescripcion comienza cuando el nacimiento de la accion depende de la voluntad del titular (§ 239). Otros adoptan un término medio, y consideran el requeri-

---

(*i*) L. 48, de V. O. (XLV, 1). V. t. II, § 117.
(*k*) El código prusiano, I, 11, § 761, 762, concede un plazo de cuatro semanas, y de tres meses si el préstamo excede de 60 thalers (187 francos 50 céntimos).
(*l*) Rave, § 135, Kierulff, p. 194, 195, 197.
(*m*) Unterholzner, II, § 260, Kind. Quæst. for., t. III, C. 35.

miento unido á un plazo como una condicion que determina el principio del derecho de accion y de la prescripcion; si el contrato menciona el requerimiento sin fijar plazo, ó calla sobre este punto, hacen entónces comenzar el derecho de accion y la prescripcion en el momento del préstamo (*n*).

La regla del código prusiano sobre esta cuestion no es clara (*o*). En la práctica se sigue la opinion de Unterholzner que hace comenzar la prescripcion en el momento del contrato, añadiendo el plazo que debe seguir al requerimiento (*p*).

La regla establecida para el préstamo sin interés se aplica al comodato, al depósito y al precario, pues en estos tres actos jurídicos el detentador posee la cosa con el consentimiento del propietario, cuyo derecho no viola, una vez que la naturaleza del contrato no implica, en manera alguna, una restitucíon inmediata. La prescripcion no comienza, pues, hasta que el propietario hace la reclamacíon. Segun mis adversarios la prescripcion comienza en el momento que se recibió la cosa, puesto que el propietario puede reclamarla en seguida, que es lo que determina la existencia del derecho de accion. Estos casos sólo exigen algunas observaciones particulares. Frecuentemente se asigna al comodato, no un plazo, sino un fin particular, por ejemplo, cuando se presta un carruaje ó un caballo para determinado viaje. La prescripcion comienza en este caso tan pronto como el viaje termina, porque desde este momento cesa el consentimiento del propietario, expresado en el contrato. Este caso es muy semejante al del préstamo hecho por un año. Respecto al deposito, mis adversarios invocan un tex-

---

(*n*) Thon, p. 2, 9, 16, 33, 54. Respecto al primer caso, llega al mismo resultado que el expuesto por mí; respecto al segundo, su resultado es el de Unterholzner, pero los motivos del mismo son diferentes.

(*o*) Código prusiano, I, § 545: «respecto de los demás derechos, la prescripcion comienza el dia en que pudo exigirse la ejecucion de la obligacion.» No resulta claro, si la regla de esta manera formulada contiene casos como el préstamo, ó únicamente aquéllos en que debe esperarse un pago inmediato, como los libramientos de mercancías. Segun un proyecto anterior de Kircheisen debia comenzar la prescripcion el dia de la redaccion del acta, es decir, el dia del préstamo, ó en el caso de que una convencion expresa exija una advertencia, el dia en que ésta se verifique. Simon und Strampff, Zeitschrift, t. III, p. 412, § 912, 914.

(*p*) Simon und Strampff, Entscheidungen des Obertribunals, t. III, núm. 20, p. 165 y sig.

to que confirma precisamente mi opinion (q): Est... scriptum, cum, qui rem depossuit, *statim posse depositi agere.*

Considerando estas palabras tan aisladamente como aquí aparecen, pudiera creerse que la accion, y por consiguiente, la prescripcion empiezan en el momento del contrato y no en el momento de la reclamacion. Pero las palabras que siguen prueban que no existe semejante contraste: hoc enim ipso dolo facere eum qui suscepit, *quod reposcenti rem non reddat.*

El sentido del texto es, efectivamente, el que sigue. Se admitía en principio que la *actio depositi* se fundaba únicamente en el *dolus* del depositario; de aquí hubiera podido inducirse, con error, que el propietario debía esperar á que el depositario destruyese ó enajenase la cosa. Ahora bien; Juliano y Ulpiano advierten que la simple negativa constituye el *dolus* y motiva la accion. Aquí se declara tambien, expresamente, que la accion resulta de la negativa de devolver la cosa y no del depósito originario.

§ CCXLI. *Extincion del derecho de accion.* III. *Prescripcion.* —*Condiciones.*—a. Actio nata. (Continuacion).

Existe un caso de igual naturaleza que los que preceden, pero más importante, y que desde el siglo XII ha ocupado la atencion de los autores. Cuando un deudor ha entregado una cosa como prenda á su acreedor, y más tarde quiere recobrar dicha prenda en virtud de la *actio pignoratitia*, se pregunta en qué época comienza la prescripcion de esta accion.

Con arreglo á los principios por mí expuestos, no es dudosa la solucion de la cuestion. El acreedor posee la cosa con el consentimiento del deudor, de modo que la posesion dicha en manera alguna viola su derecho, ni hay accion posible, puesto que el acreedor no defrauda ninguna esperanza fundada en la naturaleza de la relacion de derecho. El deudor no incurre en ninguna negligencia, pues la situacion respectiva existente resulta de la voluntad comun de ámbas partes, para las cuales con frecuencia es igualmen-

(q) L. 1, § 22, deposìti (XVI, 3).

te ventajosa. La razon de decidir es áun más evidente en éste que en los anteriores casos. En aquéllos, en efecto, para que naciera la accion bastaba que el propietario de la cosa cambiase de voluntad; en éste dicha voluntad no es bastante: es preciso además para motivar la accion que se realice un hecho importante y á menudo muy difícil, cual es la satisfaccion del acreedor. La *actio pignoratitia* no puede nacer hasta que este hecho se verifique; y no es necesario una reclamacion expresa, porque una vez satisfecho el acreedor queda anulado el título en virtud del cual poseía la prenda.

Hé aquí un texto que contiene el reconocimiento formal de esta decision *(a)*: »Omnis pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, *ut nascatur pignoratitia actio.*»

Si, pues, como declara expresamente este texto, no existe *actio nata* ántes de la satisfaccion del acreedor, la prescripcion no puede comenzar ántes, con arreglo al principio sentado más arriba (§ 239).

Puedo tambien invocar, en apoyo de esta doctrina, una decision del tratado de Westphalia. El retracto de los bienes dados en prenda ha sido en todo tiempo un asunto de gran importancia para el derecho público, pues con frecuencia han sido territorios enteros constituidos en prenda con trasmision efectiva de la posesion. El tratado de Westplalia dice, á este respecto, que ni aún la posesion inmemorial puede ser opuesta al retracto de las prendas entregadas por un Estado á otro, lo cual ciertamente y con mayor razon excluye tambien la prescripcion ordinaria *(b)*. Esta decision no podría ser considerada como ley en derecho privado; pero contiene, al ménos, una declaracion nada equívoca de la autoridad imperial sobre la cuestion que nos ocupa. Por el contrario, la declaracion que en el mismo tratado y en la capitulacion se hace sobre la adquisicion irre-

---

(a) L. 9, § 3, de pign. act. (XIII, 7).

(b) Instr. Pac. Osnabr. Art. 5, § 27. Si se añade que deben ser escuchadas las excepciones del adversario, esta advertencia no se refiere evidentemente á la prescripcion, sino á los gastos que el detentador de la prenda haya hecho en los bienes pignorados, á la realizacion del pago etc.

vocable por los Estados (*c*) de las prendas entregadas por el imperio, no tiene relacion alguna con nuestro asunto de la prescripcion, pues esta declaracion no distingue entre la posesion más larga y la más corta. Tampoco tiene semejante decision ninguna base jurídica y debe considerarse como una de las numerosas concesiones hechas por los emperados á los Estados que, colocados frente á frente de un soberano electivo, aumentaban incesantemente sus poderes.

La cuestion del retracto de los bienes dados en prenda ha sido para los glosadores objeto de vivas controversias (*d*). Posteriormente la mayoría de los buenos autores se ha declarado por la doctrina que he expuesto, y esta doctrina ha sido confirmada por numerosas decisiones de los tribunales más respetables (*e*). Sin embargo, hasta en los tiempos modernos ha encontrado defensores la opinion contraria. Los que invocan la regla ántes refutada de que la prescripcion comienza para una accion que no existe todavía, cuando depende de la voluntad del demandante hacerla nacer, creen aplicable dicha regla al caso presente, fundándose en que si el deudor no tiene dinero para retirar la prenda, este obstáculo es un hecho pasajero que para nada debe tenerse en cuenta (*f*).

El importante caso que nos ocupa ofrece todavía algunas cuestiones secundarias que resolver. El derecho de retirar la prenda no deja de ser imprescriptible aunque el pago de la deuda haya sido en vano reclamado del deudor. Si éste es culpable de negligencia, no lo es respecto al retracto de la prenda, la cual continúa cumpliendo su objeto primitivo, sino respecto al pago de la deuda; esta negligencia constituye la *mora* y entraña para el deudor los perjuicios que á ellas se refieren. Pudiera creerse que constituye, al ménos, una excepcion el caso en que hubiese prescrito la deuda misma, pues, de otro modo, el deudor recobraría la prenda

---

(*c*) Instr. Pac. Osnabr., Art. 5, §§ 26. Cap. Cæs., Art. 10, § 4.

(*d*) Dissensiones Dominorum, ed. Haenel, p. 27, 78, 195, 477, 480.

(*e*) Cujacii Paratit. in C. VII, 39, et Comm. in tit. D. de usurp., L 13. Giphanius, p. 243. Glück, t. XIV, p. 170, 177. Thibaut, Verjahrung, página 123. Pandekten, § 1020. Thon, p. 16, 20, 26, donde las objeciones de los adversarios quedan perfectamente refutadas.

(*f*) Unterholzner, II, § 264.

sin haber pagado la deuda. Pero este caso no puede presentarse nunca, porque la posesion de la prenda es un reconocimiento contínuo de la deuda, reconocimiento que impide la prescripcion de la accion (*g*). Observo, por último, que la imprescriptibilidad de la *actio pignoratitia* se aplica al retracto de la prenda y no á otros resultados de la misma accion. Así, pues, cuando el acreedor destruye ó perjudica la prenda, el deudor tiene derecho á una indemnizacion pecuniaria, que se persigue en virtud de la *actio pignoratitia*; pero esta indemnizacion está sometida á la prescripcion ordinaria, la cual comienza en el momento de la violacion del derecho.

El último derecho perteneciente á esta clase de obligaciones es el de el pacto de retroventa. Cuando un vendedor se reserva por una cláusula accesoria el derecho de comprar cuando quiera la cosa vendida, este derecho se encuentra protegido por la *actio venditi* y aquí tambien se presenta la cuestion de saber en qué época principia la prescripcion de la accion. Segun varios autores, la prescripcion comienza en el momento del contrato, ó al ménos, en el momento de la entrega, pues desde entónces puede el vendedor ejercitar su derecho y la accion que lo proteje (*h*). Con arreglo al principio por mí sentado no principia hasta el momento en que el vendedor manifiesta su intencion de comprar la cosa. No podría sostenerse que en el instante de la tradicion haya lugar á creer que el comprador devuelva en seguida y voluntariamente la cosa, porque ésta no es la intencion de las partes, ni áun podría hacerlo el comprador, porque el derecho reservado pertenece exclusivamente al vendedor. La situacion que precede al ejercicio de este derecho existe con el asentimiento del vendedor, y no da lugar á accion alguna; la relacion es absolutamente la misma que la que existiera en la hipótesis de un comodato hecho por tiempo indeterminado (*i*).

Por lo demás, este caso ofrece escaso interés práctico. Supone que el derecho de retraer queda reservado por un

---

(*g*) L. 7, § 5, C. de præscr., XXX (VII, 39).
(*h*) Thon, p. 3, Vangerow, I, p. 191.
(*i*) Glück, t. I, p. 116, t. XVI, § 998. Thibaut, Verjährung, p. 124. Kierulff, I, p. 194.

ilimitado tiempo, es decir, para siempre, lo cual acontecerá rara vez. Lo ordinario es que se limite la facultad de retraer á un plazo determinado, frecuentemente muy corto; espirado este plazo el derecho mismo se extingue y no queda ya accion alguna cuya prescripcion deba ocuparme.

C) Réstame, por último, examinar una tercera clase de obligaciones que con relacion al punto de partida de la prescripcion tiene una naturaleza particular; éstas son las obligaciones que imponen prestaciones periódicas. Semejantes casos pueden presentarse bajo diferentes aspectos. La prestacion periódica puede ser accesoria de una deuda principal, ó bien el objeto único de la obligacion. En el primer caso la cuestion de la prescripcion puede presentarse ya respecto de la deuda principal, ya respecto de las prestaciones periódicas.

1) Prescripcion de una deuda principal á la cual se refieran como accesorias prestaciones periódicas.

El caso principal de este género es el del préstamo con intereses, respecto al cual importa poco que la deuda se hubiera constituido desde su orígen como préstamo, ó que se haga producir intereses á otra clase de deuda, dándole así el carácter del préstamo.

La regla es, que la prescripcion de la deuda principal principia desde el momento en que dejan de ser pagados los interéses (*k*). No comienza ántes por que el pago de cada plazo de intereses es un reconocimiento de la deuda principal, reconocimiento cuyo efecto se prolonga hasta el plazo siguiente (*l*): no comienza despues, por que la falta de pago de un plazo constituye una violacion que debe motivar la reclamacion del acreedor. Podría pretenderse que, refiriéndose la violacion á los interéses y no al capital, la prescripcion de la accion no debiera comenzar respecto de éste sino únicamente respecto de aquellas. No obstante la suposicion más natural, es la de que el acreedor considere su

(*k*) Si los intereses continúan sin pagarse, porque todo pago subsiguiente, aunque sea incompleto é irregular, interrumpe la prescripcion como nuevo reconocimiento de la deuda principal.

(*l*) Hé aquí porqué Justiniano concede al acreedor el derecho de exigir una *antapocha* para probar que le han sido pagados los intereses. L. 19, C. de fide instr. (IV, 21). Por lo demás, en la vida real no se exigen nunca estos contrarecibos

derecho al capital y á los interéses como un todo indivisible y que esta violacion parcial le dé ocasion de reclamar su capital, ó al ménos de tomar las medidas necesarias para impedir la prescripcion *(m)*.

Esta doctrina que en teoría pudiera ser controvertida, se encuentra expresamente declarada en el siguiente texto del derecho romano, cuya sabiduría y utilidad práctica no podrá desconocerse *(n)*: exceptionem etiam triginta vel quadraginta annorum in illis contractibus, in quibus usuræ promissæ sunt, ex illo tempore initium capere sancimus, ex quo debitor usuras minime persolvit.

Esta ley que designa como punto de partida de la prescripcion el momento en que los interéses cesan de ser pagados confirma todo lo dicho, es decir, la exclusion de un punto de partida anterior ó posterior. Diversos autores han pretendido equivocadamente restringir este texto, refiriéndolo únicamente á la prescripcion de los intereses *(o)*; mas para esto no hubiera sido necesaria una disposicion legislativa; y el conjunto de la ley nos muestra que el Emperador quiso regular un punto sobre el cual podía haber divergencia de opiniones. Por eso dice: en cuanto á las deudas que ganan intereses, la prescripcion treintenaria de la accion que resulta del *contractus* (es decir, para el pago del capital), principia tan pronto como los intereses dejan de ser pagados.

Nuestra regla exige, sin embargo, algunas explicaciones. Tal como ha sido expuesta no es verdadera sino cuando la deuda deba ser pagada al primer requerimiento, que es lo que sucede en ausencia de toda otra convencion particular. Por el contrario, si la deuda debía ser pagada tres

---

(m) Resultado que consigue el acreedor aunque se limite á reclamar los intereses vencidos. El principio sólo tiene aplicacion rigurosa en el caso que el acreedor permanezca completamente inactivo despues de haber cesado el pago de los intereses.

(n) L. 8, § 4, C. de præsr., XXX (VII, 39).

(o) Ya en la glosa sobre la L. 7, § 4, C. eod., y D. Godofredo, sobre la L. 8, § 4, cit., se expresan en el mismo sentido. Kierulff, p. 195, se expresa más claramente todavía: Sin esto, dice, habria error en pretender que la falta de pago de los intereses implica la negacion de la deuda principal. Esta negacion no es nunca necesaria para hacer comenzar la prescripcion (§ 239), así es que, por ejemplo, no resulta del hecho de que el comprador no satisfaga el precio de la venta. Thon, p. 29, 31 trata muy bien esta cuestion.

meses despues del primer requerimiento, la prescripcion no principiaría hasta tres meses despues de la cesacion del pago de los intereses, pues suponiendo practicado dicho requerimiento el dia mismo de la falta de pago, la accion no podría ejercitarse hasta tres meses despues. Si el préstamo se hizo por un tiempo determinado, diez años, por ejemplo, la prescripcion no comienza hasta la espiracion de este término, cualquiera que sea la época en que los intereses dejaron de pagarse, pues en ningun caso podía reclamarse el capital, ántes del fenecimiento de dichos diez años. Si fenecido el plazo conserva el deudor la posesion del dinero y continúa pagando intereses, semejante hecho constituye una renovacion tácita del préstamo, que entónces es exigible al primer requerimiento. Algunas veces sucede que el pago de los interéses aparece tan incierto como la falta de pago, de manera que ámbas partes se encuentren bajo la misma duda, por ejemplo, cuando despues de la muerte del acreedor ó del deudor, sus herederos no tengan conocimiento de sus negocios y no encuentren dato alguno sobre semejante asunto. Pudiera creerse que siendo el pago un hecho, la falta de pago debiera presumirse miéntras no se probase lo contrario. Esta decision sería demasiado dura para el acreedor que, por falta de datos (nota *t*), puede fielmente suministrar la prueba del pago recibido. En realidad al deudor es á quien corresponde presentar la prueba (*p*), porque el hecho negativo de la falta de pago se determina en la ley como el punto de partida de la prescripcion (nota *n*). Por otra parte, abstraccion hecha de esta circunstancia, no hay razon para presumir el pago mas bien que la falta del mismo; en este caso la cuestion de los intereses no tendrá influencia alguna sobre el comienzo de la prescripcion, y el caso entraría en la regla del préstamo sin interés, segun la cual, el requerimiento al pago marca el punto de partida de la prescripcion.

El contrato de arrendamiento es semejante al préstamo con intereses. Aquí tambien el pago de cada plazo de arrendamiento es un reconocimiento de la deuda principal é impide la prescripcion de la *locati actio*. De igual manera,

(*p*) Esta circunstancia puede probarse por medio de cartas donde se reclamen los intereses vencidos.

la falta de pago debe hacer principiar la prescripcion de esta accion, con arreglo á su analogía con el préstamo con interés (*q*). Podría objetarse en este punto la disposicion legislativa que declara imprescriptible la *locati actio* para la restitucion de la cosa arrendada; pero la ley supone evidentemente que en el intérvalo se ha fijado de un modo cualquiera la existencia del contrato de arrendamiento, de manera que la prescripcion no alcanza más que al pago de la merced (*r*). Cuando se ha arrendado un inmueble por un tiempo determinado, la regla difiere de la que rige en el préstamo con interéses realizado en las mismas circunstancias. Si el locatario deja de pagar el arrendamiento durante dos años seguidos, el propietario debe expulsarlo (*s*); no haciéndolo, desde este momento la prescripcion de la *locati actio* comienza á correr.

La enfitéusis no se encuentra sometida á ningun requerimiento; de suerte que la falta de pago del cánon parece que no tiene influencia alguna sobre la prescripcion de la accion en reclamacion del inmueble mismo, sin embargo, cuando el enfiteuta deja de pagar durante tres años el cánon y los impuestos, debe ser expulsado (*t*); y en caso contrario, comienza á correr la prescripcion de la accion principal, pues la enfitéusis se equipara entónces á una locacion ordinaria. Podría creerse imprescriptible esta accion (*u*); pero la regla que rige en la materia es igual á la establecida para el contrato de arrendamiento.

2) Prescripcion de las prestaciones periódicas mismas cuando no son accesorias. Luego que prescribe la deuda

---

(*q*) Como prueba de esta asimilacion puede aducirse que el propietario de un inmueble arrendado, de igual manera que el acreedor en el préstamo con interés, tiene facultad de exigir un *antapocha* cada vez que entregue un recibo. L. 19, C. de fide inst. (IV, 21): «In præfatis casibus, *vel aliis privatis similibus*...» Véase nota *l*.

(*r*) L. 7, § 6, de præscr., XXX (VII, 39), verb. «vel conductori.» Lo dicho resulta principalmente de la L. 14, C. de fundis patr. (XI, 61), segun la cual el *ademti canonis beneficium* puede adquirir por prescripcion, aunque se trate de bienes patrimoniales del emperador. Por lo demás, esto ha sufrido una modificacion respecto de la *locati actio*, desde que el derecho canónico ha exigido la *bona fides* en los casos de su especie. Trataré de este asunto más adelante.

(*s*) L. 54, § 1, L. 56, locati (XIX, 2). L. 2, C. eod, (IV, 65).

(*t*) L. 2, C. de jure emph. (IV, 66).

(*u*) L. 7, § 6, de præscr., XXX (VII, 39), verb. «ei, qui jure emphiteutico rem aliquam... detinuerit...» Véase nota *r*.

principal, todos los interéses no pagados prescriben igualmente cualquiera que sea su fecha (*v*). El motivo de esta anomalía aparente consiste en que la persecucion de lo accesorio, despues de la pérdida de lo principal, implica una contradiccion. Otro motivo más práctico es que la prescripcion de las deudas descansa sobre la presuncion del pago (§ 237); de modo que si la deuda se ha extinguido, realmente no hay intereses que puedan reclamarse.

Cuando la accion para el pago de un capital se pone al abrigo de la prescripcion, como por ejemplo, en virtud del reconocimiento de la deuda, la accion relativa á los intereses prescribe á partir de la espiracion de cada plazo. Lo mismo acontece con las sumas debidas por alquileres ó arrendamientos (*w*).

3. Las acciones que tienen por objeto prestaciones periódicas no accesorias, tales como las rentas perpétuas constituidas por testamento, se prescriben sucesivamente y á contar desde el fenecimiento de plazo para cada prestacion (*x*), como en el caso precedente. Sin embargo, si el deudor niega el derecho mismo y rehusa, en su consecuencia, satisfacer la prestacion periódica, el acreedor, al intentar su accion, tiene ocasion para hacer fijar el derecho que sirve de base á dichas prestaciones. Pero, si no intenta accion alguna pierde, pasados treinta años, el derecho á reclamar las prestaciones subsiguientes, como si se tratase de los interéses de un capital (*y*).

§ CCXLII *Extincion del derecho de accion.* III. *Prescripcion. Condiciones.* b. Negligencia contínua.

La negligencia que constituye la base de la prescripcion debe ser continuada durante un cierto lapso de tiempo. Si en un momento cualquiera de este lapso de tiempo la negligencia cesa de existir, la prescripcion se interrumpe y no queda vestigio alguno de la situacion que constituía la preparacion de la prescripcion. Puede más tarde comenzar

(*v*) L. 26, C. de usuris (IV, 32). Paratit. in Cod. VII.
(*w*) L. 6, § 6, C. de præscr., XXX (VII, 39).
(*x*) La L. 7, § 6, C. de præscr., XXX (VII, 39), abraza tambien evidentemente el caso de las prestaciones periódicas independientes.
(*y*) Unterholzner, II, § 260,

una prescripcion nueva; pero ésta sería del todo independiente de la primera, á la cual en modo alguno puede referirse. De tres maneras puede verificarse la interrupcion dicha: por que cese la violacion, por el reconocimiento del derecho alegado por el adversario, y por el ejercicio de la accion.

I. Cesacion de la violacion.—Este hecho destruye siempre la accion misma (§ 230) y, por consiguiente, la prescripcion que á ella se refiere; más tarde puede nacer una accion nueva semejante á la primera; pero su prescripcion nada tiene de comun con la de la primera.

Bajo este sentido, es indiferente que la cesacion haya sido de corta ó de larga duracion y que el titular del derecho haya ó no recobrado el goce del mismo. Así, la prescripcion de la accion que resulta de la propiedad, se interrumpe igualmente cuando el propietario entra en posesion de la cosa que cuando un tercero se apodera de ella violentamente y sin ningun acto jurídico.

Si la accion nace de una deuda, la detentacion de la prenda por el acreedor opera una interrupcion semejante (*a*). Esta posesion puede considerarse como el goce del crédito mismo, esto es, de su valor en venta, á causa del derecho atribuido al acreedor de hacer vender la prenda y cobrarse con el precio (*b*).

II. Reconocimiento del derecho alegado por el adversario.—Este reconocimiento hace desaparecer á la vez la negligencia del titular y la presuncion de extincion del derecho que resulta de dicha negligencia. No puede comenzar una prescripcion nueva sino desde el momento del reconoci-

---

(*a*) L. 7, § 5, C. de præscr., XXX (VII, 39): «si quis eorum quibus aliquid debetur, res sibi suppositas *sine violentia tenuerit*; per hanc detentionem interruptio fit præteriti temporis...» La restricccion expresada por las palabras *sine violentia* se funda en que toda posesion resultante de la violencia puede cesar por medio de un interdicto, y además, con arreglo á las nuevas disposiciones sobre la materia entraña la pérdida del derecho mismo.

(*b*) Donelo, lib. XVI, F. 8, § 23. Cuando un acreedor adquiere la posesion de la prenda con el consentimiento del deudor, ó al ménos éste reconoce dicha posesion y no opone obstáculos á ella, semejante hecho constituye un reconocimiento de la deuda, es decir, una interrupcion de la segunda clase. Esta causa de interrupcion es, por tanto, ménos general y ménos decisiva que la expresada en el texto.

miento dicho. Sin embargo, el efecto importante que éste produce no se concede á toda declaracion verbal ó escrita; el reconocimiento debe ofrecer el carácter de un acto jurídico. Esta regla se deduce de los ejemplos siguientes de interrupcion mencionados en las fuentes del derecho. Son estos: la constitucion de un nuevo título (*c*); todo pago de interéses (*d*); el pago parcial de la deuda principal siempre que expresamente se haga á cuenta de la misma (*e*); la dacion, no convenida todavía, de una prenda (*f*); la dacion de una caucion (*g*); y por último, el compromiso renovado de pagar una deuda anterior (*constitutum*) (*h*).

Cuando para la misma deuda hay dos acreedores ó dos deudores (*duo rei*), el reconocimiento de uno de ellos aprovecha ó perjudica á los demás (*i*).

Ni la simple advertencia hecha al deudor, ni la cesion del crédito á favor de un tercero interrumpen la prescripcion (*k*). Los actos á los que es extraño el deudor no implican ningun reconocimiento por su parte.

III. Ejercicio de la accion.—Importa, ante todo, determinar con exactitud, en este punto, el momento en que principia la interrupcion.

En el antiguo derecho era el momento de la *litis contestatio*, puesto que ésta llevaba por primera vez la accion *in litem* (*l*). Esta regla no comprometía los derechos del

---

(*c*) L. 7, § 5, C. de præscr., XXX (VII, 39).

(*d*) L. 8, § 4, C. de præscr., XXX (VII, 39), L. 19, C. de fide instr. (IV, 21). V. § 241.

(*e*) L. 5, C. de duobus reis (VIII, 40).

(*f*) Invocaré sobre este punto la analogía con la toma de posesion de una prenda ya constituida (nota *a*), la nueva accion hipotecaria, que suministra al acreedor un segundo medio de obtener satisfaccion, y por último, la analogía con el nuevo título (nota *c*), pues la constitucion de una prenda es un reconocimiento no ménos formal de la deuda y ciertamente más eficaz.

(*g*) Pueden invocarse aquí várias de las pruebas alegadas en la nota *f* con motivo del derecho de prenda. Gifanio, p. 250 combate equivocadamente esta proposicion.

(*h*) L. 18, § 1. de pec. const. (XIII, 5). Este acto engendra una nueva accion, la *constitutoria actio*; además implica el reconocimiento de la primera obligacion, y, por consiguiente, la interrupcion de la prescripcion.

(*i*) L. 5. C. de duobus reis (XIII, 40).

(*k*) Unterholzner, II, 262.

(*l*) L. 8, in f. de fid. et nomin. (XXVII, 7), L. 9. § 3, de jurejur.

acreedor, miéntras que la citacion fuese un acto privado, cuya rápida ejecucion estaba garantida por una accion en reclamacion de daños y por la facultad de exigir caucion.

Si la regla dicha subsistiese todavía en las fuentes del derecho y en la práctica, exigiría una pronta reforma, porque nada sería más fácil para el demandado que impedir la interrupcion, retardando la *litis contestatio*. Pero ya en el nuevo derecho romano se habían establecido relaciones semejantes á las actuales y determinaron las modificaciones siguientes.

Una de ellas fué primeramente la *litis denuntiatio*, institucion especial de los tiempos intermedios, en virtud de la cual se interrumpía la prescripcion *(m)*. Otra fué, últimamente, la citacion hecha á consecuencia de la demanda dirigida al juez y comunicada al demandado. Esta formalidad, seguida en la práctica moderna, satisfacía todas las necesidades *(n)*. Pudiera dudarse que tal fuese realmente la intencion de Justiniano, dando por motivo la frase equívoca de un texto (*o*) donde se lee: quæ *in judicium deductœ* sunt, cognitionalia acceperunt *certamina*; pero existen otros textos que destruyen toda incertidumbre. En efecto, vemos que la interrupcion se verifica tambien per solam *conventionem* (*p*); en otra parte se lee: subsecuta per *executorem conventio* (*q*); además la posesion de la prenda se asimila á la *litis contestatio*, con cuyo motivo se dice: *multo magis* quam si esse *interruptio per conventionem introducta* (*r*), donde se vé que la interrupcion atribuida á la citacion se distingue claramente de la *litis contestatio*.

Pero el texto más decisivo sobre este asunto es el que sigue (*s*): Qui obnoxium suum in judicium clamaverit, *et*

(XII, 2). Keller, Litis contestation, p. 82. Unterholzner, I, § 124.—Así era en efecto, principalmente para la longi temporis præscriptio. L. 10, C. de prœscr. longi temp. (VII, 33), L. 25, C. de rei vind. (III, 32).

(*m*) Hollweg, Handbuch des Prozesses, t. I, p. 249.

(*n*) Hollweg, t. I, p. 253.

(*o*) L. 1, § 1, C. de ann. exc. (VII. 40).

(*p*) L. 7, p., C. de præscr., XXX (VII:, 39).

(*q*) L. 3, C. de prœscr. XXX (VII, 39).

(*r*) L. 7, § 5, C. de prœscr., XXX (VII, 39). V. nota *a*.

(*s*) L. 3, C. de ann. exc. (VII, 40).

libellum convectionis ei transmiserit... videri jus suum omne *eum in judicium deduxisse, et esse interrupta temporum curricula.*

Este texto declara: primero, que la notificacion de la demanda interrumpe toda prescripcion *(temporun curricula)*; segundo, que esta notificacion era otras veces la verdadera *deductio* in judícium. La última disposicion nos explica el texto equívoco más arriba citado (nota *o*).

La doctrina que acabo de exponer, ha sido seguida en la práctica, y en teoría ha. encontrado pocos contradictores (*t*). Unterholzner considera la modificacion del antiguo derecho más dudosa de lo que es realmente. Cree que la *litiscontestatio* determina todavía hoy la interrupcion; mas para responder á las necesidades de la práctica, le atribuye un efecto retroactivo que hace remontar hasta la presentacion de la demanda (*u*). Otros hacen una distincion imaginaria entre las prescripciones de treinta años y las prescripciones más cortas, pretendiendo que las primeras se interrumpen por la citacion, y las segundas por la *litiscontestatio* (*v*).

§ CCXLIII. *Extincion del derecho de accion. III. Prescripcion. Condiciones.* b. Negligencia contínua. (Continuacion).

Debo ahora mencionar los diversos medios de interrumpir la prescripcion de una manera tan segura como por la notificacion de la demanda.

Cuando aquél contra quien se dirije la accion no puede recibir por sí mismo la notificacion porque se encuentre au-

---

(*t*) Glück, t. III, § 236, se muestra de tal manera confuso que no puede clasificársele entre los partidarios, ni entre los adversarios de la doctrina por mí sentada.

(*u*) Unterholzner, I, § 124.

(*v*) Tales son los antiguos autores, contra los que se pronuncia Gifanio, p., 248-249, y recientemente Vangerow; I, p. 182. Esta opinion se funda en que los antiguos textos donde la *litiscontestatio* aparece como interruptiva, se refieren solamente á las cortas prescripciones, sin duda porque entónces no existían otras. Si en virtud de esta distincion se pretende considerar estos textos como vigentes todavía, aparecerían en contradiccion con los modos de expresion generales empleados en las leyes de Justiniano, ya citadas. Por otra parte, ¿no habria inconsecuencia en hacer más difícil la interrupcion de las cortas prescripciones, que más bien deberían facilitarse, en el caso de establecerse una diferencia?

sente, sea impúbero ó padezca enajenacion mental, y no tenga representante, el demandante puede interrumpir la prescripcion entregando su demanda á la autoridad judicial, y si esto no le fuera posible, al Obispo ó al defensor del lugar, ó bien, en caso necesario, fijando al público su demanda en el lugar donde resida su adversario (*a*).

Cuando existen varios acreedores ó varios deudores, basta que uno solo obre ó sea accionado para interrumpir la prescripcion respecto de los demás (*b*). Cuando el acreedor intenta contra su deudor la accion personal, se interrumpe la prescripcion de la accion hipotecaria y recíprocamente, en el caso inverso (*c*). En el caso de existir entre las mismas personas varias relaciones litigiosas de derecho y la demanda sea de tal modo indeterminada que no pueda reconocerse el litigio á que deba aplicarse, queda interrumpida la prescripcion para todas las acciones (*d*). La accion para reclamar un plazo de intereses interrumpe, ciertamente, la prescripcion de la accion principal, porque la existencia de la principal deuda puede ser alegada con ocasion de este debate accesorio.

Cuando las partes otorgan un compromiso, la remision de la demanda á un árbitro elegido por las partes interrumpe tambien la prescripcion (*e*).

Los hechos siguientes, por el contrario, no deben ser considerados como causas de la interrupcion de la prescripcion.

El ejercicio de la accion interrumpe la prescripcion á favor y en contra de las personas que en ella figuran y sus sucesores; pero no á favor y en contra de las personas ex-

---

(*a*) L. 2, C. de ann. exc. (VII, 40). Unterholzner, I, § 129. Compréndese que hoy no haya lugar para dirigirse al defensor ni al Obispo; en general, difícilmente podría recurrirse tampoco á este medio extraordinario.

(*b*) L. 5, C. de duobus reis (VIII, 40).

(*c*) L. 3, C. de ann. exc. (VII, 40).

(*d*) L. 3, C. de ann. exc. (VII, 40). Siguiendo esta analogía, podría admitirse que la accion ejercitada sin resultado en cuanto á la posesion, interrumpe al mismo tiempo la prescripcion de la reivindicacion. Unterholzner I, p. 445, no admite esta interrupcion; pero añade á la prescripcion de la reivindicacion el tiempo perdido en ejercicio de la accion posesoria.

(*e*) L. 5. § 1, C. de rect. arbitris (II, 56), antiguamente era muy controvertido este asunto.

trañas entre las cuales pudiera ejercitarse la misma accion ú otra análoga. Bajo este concepto, la accion en reclamacion de una deuda no interrumpe la prescripcion de la prenda de que es detentador un tercero *(f)*.

La presentacion de una excepcion no interrumpe la prescripcion de la accion derivada de la misma relacion de derecho. Es verdad que sea la excepcion atendida ó rechazada por el juez, la cuestion relativa á la prescripcion de la relacion de derecho se encuentra absorbida ordinariamente en dicha decision judicial (*g*); pero la regla expuesta tiene importancia práctica en el caso en que se abandone el primer proceso ó cuando el juez, decidiéndose por otros motivos, no sentencia por los méritos de la excepcion aducida (*h*).

A la misma categoría pertenece la remision de la demanda al emperador, aunque fuera seguida de una *rescriptio*. Semejante remision interrumpía la prescripcion de las acciones pretorianas anuales; pero no las demás prescripciones, y principalmente las de treinta años (*i*). Esta regla no tiene aplicacion al derecho actual.

La demanda llevada ante un juez incompetente no interrumpe la prescripcion (*k*).

Los efectos de la interrupcion nacidos de una accion intentada varían segun que haya habido una sentencia regularmente pronunciada ó que haya sido abandonado el proceso. En el primer caso la sentencia regula la suerte de la relacion de derecho, sin que quepa ya cuestion, ni sobre la accion anterior ni sobre su prescripcion. En el segundo caso, pasado un plazo muy corto, se perdía para siempre la accion en virtud de la prescripcion del procedimiento, que era muy diferente de la prescripcion de la accion (*l*). Mas si por el contrario, no era aplicable la prescripcion del pro-

---

(*f*) Thon, p. 5. Se ha visto en la nota *b* que produce diverso resultado el caso de varios deudores ó de varios acreedores.

(*g*) Cuando, por ejemplo, interpuesta la compensacion se declara infundada, el demandante puede más tarde oponer á la reclamacion del demandado la *exceptio rei judicatæ*.

(*h*) Unterholzner, I, § 128.

(*i*) L. 2, C. quando lib. (I, 20), L. 3, C. de præscr., XXX (VII, 39). Unterholzner, I, § 130.

(*k*) L. 7, C. ne de statu (VII, 21).

(*l*) Gayo, IV, § 104, 105.

cedimiento (*m*), adquiría la accion una duracion indefinida (*n*), pues la antigua prescripcion quedaba anulada y no se había declarado ninguna para este caso; sin embargo, habiendo sido declaradas, en general, treintenarias todas las acciones perpétuas, era natural someter á la prescripcion de treinta años esta accion ilimitada (*o*).

Justiniano hizo en este punto una importante innovacion. La accion ilimitada pudo ejercitarse durante cuarenta años á contar desde el último acto jurídico, y sólo prescribe despues de la espiracion de este plazo (*p*).

Se ha tratado sin fundamento alguno de restringir de diversas maneras la aplicacion de esta ley. En este sentido, se ha dicho que se refería únicamente á las acciones personales, opinion que descansa en la mala inteligencia de ciertas palabras de la citada ley (*q*). Otros restringen los cuarenta años á los casos en que se hubiese formalizado la *litiscontestatio*; de modo que si el proceso se abandonó despues de la citacion y ántes de la *litiscontestatio*, aplican la prescripcion de treinta años (*r*). Esta distincion es una de las vanas tentativas ideadas para conciliar el antiguo principio con el nuevo, el que hace depender la interrupcion de la *litis contestatio*, y el que concede el mismo resultado á la citacion (*s*). Muchos pretenden que la regla de los cuarenta años debe aplicarse solamente á las acciones que eran treintenarias en su orígen y que, respecto á las de más corta duracion, debe aplicarse la prescripcion de treinta años, á contar desde el último acto de procedimiento (*t*). Semejante restriccion se encuentra en oposicion completa con la gene-

---

(*m*) Por ejemplo, despues de su abolicion ó, fuera de Roma, segun varios autores; pues parece que nunca fué aplicada más que en Roma.

(*n*) L. 139, pr., de R. J. (L. 17.)

(*o*) L. 1, § 2, C. Th. de act. certo temp. fin. (IV, 14). Esta parte del texto ha debido ser omitida en la L. 3, C. Just., de præscr., XXX (VII, 39), á causa de la modificacion de que acabo de hablar.

(*p*) L. 9, C. de præscr., XXX (VII, 39): «ex quo novissima processit cognitio.» L. 1, § 1, C. de ann. exc. (VII, 40). Si no se ha llegado á la citacion, la prescripcion no se interrumpe.

(*q*) L. 9, C. cit. «Sed licet *personalis actio* ab initio fuerit instituta, eam *tamen* in quadragesimum annum extendimus.» Se encuentra aquí un vestigio de la *actio hypothecaria* que antiguamente duraba cuarenta años. Unterholzner, I, p. 446.

(*r*) Donello, Lib. XVI, C. 8, § 3.2

(*s*) Véase § 242, nota *v*.

(*t*) Cuyacio, Observ. XVIII, 29. Unterholzner, I, p. 447.

ralidad de la ley de Justiniano, razon por la cual debe ser, como arbitraria, completamente abandonada *(u)*. Otros exigen cincuenta años para las acciones que en otro caso necesitaban cuarenta, opinion todavía ménos fundada que la precedente *(v)*.

Independientemente de los términos absolutos de la ley existen consideraciones generales que muestran la falsedad de las opiniones antedichas. Al abandonarse una accion intentada, la posicion del demandante es enteramente distinta de la que tenía ántes del principio del litigio, y por consiguiente, los motivos que, sin el caso de litigio, existían para fijar prescripciones más largas ó más cortas, no subsisten en el caso que nos ocupa. La modificacion que sufre la posicion del demandante aparecerá claramente con sólo reflexionar que, con mucha frecuencia, es imposible determinar de qué parte ha estado el abandono del proceso: si del demandante, del demandado ó del juez. Bajo este punto de vista todas las acciones se encuentran en la misma categoría, cualquiera que sea la duracion de su prescripcion originaria, y por consiguiente, no hay motivo alguno para desplegar contra el demandante mayor rigor en un caso que en otro.

El término de los cuarenta años no es aplicable, sin embargo, en los casos que á continuacion se mencionan.

I. Despues de la sentencia regularmente pronunciada. A primera vista, parece que la posicion del demandante no debiera ser más desfavorable que ántes del juicio, cuando su derecho era incierto todavía *(w)*. No obstante, la prescripcion es entónces de treinta años *(x)*. La sentencia regularmente pronunciada verifica, en efecto, una verdadera novacion, puesto que puede cambiar completamente la reclamacion primitiva; y así, es llamada expresamente *novatio* *(y)*. No viene, pues, á modificar la prescripcion de la accion originaria, porque esta accion no existe; la sentencia engendra una accion nueva, sometida como cualquiera otra

---

(u) Thibaut, Verjährung. p. 120. Göschen, I, p. 447 Vangerow, I, página 181.
(v) Unterholzner, I. p. 446, combate tambien esta opinion.
(w) Unterholzner, I, § 125, p. 444, II, § 267.
(x) Pufendorf, T. I, Obs., 117.
(y) L. 3, pr., C. de usuris rei jud. (XII, 54).

á la prescripcion ordinaria. Existe tambien una consideracion práctica que viene á explicar el mismo principio: en tanto que estaba pendiente de proceso podía el demandante alegar por excusa su cansancio y la incertidumbre de su término, pero despues de pronunciarse la decision en beneficio suyo, carece de esta justificacion.

II. Cuando el proceso se termina por una transaccion. Dánse aquí los mismos motivos, y de una manera áun más incontestable, que en el caso anterior. En efecto, la accion originaria no existe ya; la transaccion es un nuevo acto jurídico, y la accion que de él resulta prescribe por treinta años, como cualquiera otra accion.

III. La última excepcion á la regla de los cuarenta años tiene un motivo ménos general que los precedentes. Este motivo es histórico y nos muestra la organizacion judicial del imperio germánico bajo un deplorable aspecto. Cuando tramitado completamente un pleito ante un tribunal imperial, no recibía la decision correspondiente, no tenía el demandante ningun medio de coaccion para obtener la sentencia. Este caso dió lugar á controversias numerosas; sin embargo, acabó por prevalecer la equitativa opinion de que ninguna prescripcion, ni aún la de cuarenta años, debía correr contra el demandante. Despues de la disolucion del imperio germánico, los procesos que se instruían ante los tribunales imperiales fueron enviados ante los tribunales supremos de los diversos Estados de Alemania. Una ley prusiana ha sancionado formalmente la regla de que acabo de hablar *(z)*.

§CCXLIV. *Extincion del derecho de accion. III.—Prescripcion.—Condiciones,* c. Bona fides *(a)*.

Möllenthiel, Natur des guten Glaubens bey der Verjährung.

Erlangen, 1820, § 19-31. (En esta obra se trata la cuestion con gran profundidad y muchos detalles).

(*z*) Ley prusiana de 18 de Mayo de 1839. Gesetzsammlung, 1839, página 175.

(*a*) He tocado ya esta cuestion en el t. II, apéndice VIII, num. XXIII. Voy á tratarla aquí con más profundidad.

Los principios del derecho romano relativos á esta condicion de la prescripcion no han sido controvertidos. La usucapion exigía la bona fides para el comienzo, pero no para la continuacion de la posesion. Esta condicion era extraña á la prescripcion de las acciones, porque en esta materia sólo se tiene en cuenta la negligencia del demandante. Unicamente la *longi temporis præscriptio*, que estaba sometida á las mismas condiciones que la usucapion, requería la *bona fides*. Cuando Justiniano exigió, más tarde, la *bona fides* para la posesion de treinta años *(b)*, pudo ya el poseedor, fundado en esta circunstancia, reclamar los beneficios de la usucapion, traspasando así los límites de la prescripcion de las acciones; en cuanto á ésta, no hubo modificacion alguna. La *longi temporis præscriptio* ha desaparecido como institucion especial del derecho justinianeo; y puede decirse que en el último estado del derecho romano, no figura para nada la *bona fides* como condicion de la prescripcion de las acciones.

Estos principios se conservaron sin ninguna modificacion hasta fines del siglo XII; y á mediados del mismo Graciano los expuso tales como existen en las fuentes del derecho romano *(c)*.

Pero dos decretales, cuya interpretacion ha dado lugar á vivas controversias, introdujeron innovaciones importantes. Voy á citar de estas decretales la parte del texto necesaria para la inteligencia de la discusion *(d)*. C. 5, X de præscrípt. (II, 26). Alejandro III: Vigilanti studio cavendum est.... ne malæ fidei possessores simus in prædiis alienis: quoniam nulla antiqua dierum possesio juvat aliquem malæ fidei possessorem, nisi resipuerit, postquam se noverit aliena possidere, quum bonæ fidei possessor dici non possit.... *(e)*.

C. 20, X, de prescript (II, 26) Inocencio III: Quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est, synodali judicio deffinimus, ut nulla valeat absque bona fide prascriptio tam canonica quam civilis, quum generaliter sit omni constitutioni

---

(*b*) L. 8, § 1, de præscr., XXX (VII, 39).
(*c*) C, 15, C. 16, q. 3.
(*d*) Estos los textos han sido extensamente comentados por Möllenthiel y Unterholzner, I, § 92.
(*e*) El final del texto nada dice realmente de nuevo, únicamente expresa la intencion formal de modificar el derecho romano.

atque consuetudini derogandum, quæ absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet, ut, qui præscribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienæ.

La intencion de modificar el derecho romano con arreglo á consideraciones morales y religiosas, se encuentra claramente expresada en estas dos decretales. La incertidumbre sólo existe respecto del objeto y alcance de la innovacion.

Desde luego se reconoce, y esto no se ha puesto en duda, que las decretales han querido modificar el derecho romano, primero, en cuanto á los objetos de la *bona fides*, segundo, en cuanto á la continuidad exigida á su duracion. El derecho romano reconocía una usucapion relativa á la propiedad solamente, para la cual era necesaria la *bona fides*; respecto de las servidumbres, estableció una regla semejante, pero no la misma, y sustituyó á la *bona fides* condiciones análogas. Las palabras prescriptio *tam canonica* quam civilis, nos muestran que en adelante los derechos resultantes de las relaciones eclesiásticas, de igual manera que la propiedad en el derecho romano *(*quam civilis*)*, sólo se adquieren por la bone fidei *possesio*; entre estos derechos figuran los derechos diocesanos, los diezmos etc., que tienen mas analogía con la propiedad que con las servidumbres y que frecuentemente van unidos como accesorios á la propiedad de un inmueble *(f)*. Esta extension del principio establecido para la usucapion se encuentra confirmada por muchos otros textos, pero no es nueva, introducida ya por el derecho consuetudinario, se encuentra aquí reconocida accidentalmente y sometida á las mismas reglas que la usucapion romana.

La segunda modificacion de los principios del derecho romano parece haberse hecho aquí por primera vez y es evidentemente el principal objeto de ambas decretales. La *bona fides* debe existir, no sólo al principio de la posesion, como prescribe el derecho romano, sino durante todo el tiempo de su duracion. Así se desprende de las palabras de la primera decretal, *postquam se noverit* aliena possidere, y mas claramente todavía, de las siguientes de la segunda, in *nulla temporis parte rei* habeat conscientiam aliena.

(f) Mollenthiel, § 20, p. 113, 115, § 24, 25.

Hasta aquí no se ofrece dificultad alguna. Pero ahora se pregunta á que instituciones se aplica esta segunda modificacion del derecho romano: ¿á la usucapion solamente ó tambien á la prescripcion de las acciones? Si se adopta la primera opinion, la innovacion se reduce á los puntos expuestos más arriba. Si se adopta la segunda, las decretales introducen otra innovacion al exigir la *bona fides* para la prescripcion de las acciones, principio extraño al derecho romano; y la exigen naturalmente, bajo la forma rigurosa que aquel derecho había fijado para la usucapion.

Para no introducir confusion no he hablado hasta ahora más que de dos opiniones contrarias; pero en realidad, la cuestion puede recibir cuatro soluciones diferentes:

1) Estas decretales se aplican únicamente á la usucapion (*g*).

2) Se aplican además á la prescripcion de las *in rem actiones* y sólo á ellas (*h*).

3) Se aplican tambien á las acciones personales, pero sólo cuando éstas tengan por objeto la restitucion de una cosa poseida injustamente (*i*). Esta opinion es la que adopto por mi parte.

4) Se aplican, igualmente, á las demás acciones personales (*k*), y por consiguiente, á la prescripcion de las acciones en toda su extension (*l*).

(*g*) Los partidarios de esta opinion son: Boden, de Præscriptione ex solo temporis lapsu procedente. Halæ, 1750, § 13, 22, Seuffert, Erörterungen, Abth. I, p. 134. Kierulff, p. 206. 209.

(*h*) Esta opinion es la de Gifanio, p. 255. 256.

(*i*) Así, por ejemplo, á la *actio commodati, depositi, pignoratitia, locati*, cuando estas acciones tienen por objeto la restitucion de la cosa y no el pago de un arrendamiento, ó la reparacion de un daño. Los partidarios de esta opinion que invocan en su favor la práctica constante de varios tribunales son los siguientes: Wernher, Obs. for., t. I, P. I, Obs. 183 (Præjudicien, núm. 67, y sig.) Böhmer, Jus eccl. prot., Lib. 2, titulo 26, § 52, 58. Coceji, Lib. 41, T. III, quæst. 30. Mollenthiel, Unterholzner, I, § 92. Göschen, § 153.

(*k*) Todas las condictiones, tales como el préstamo, la *actio emti, venditi, conducti, mandati, pro socio,* la mayor parte de las acciones que resultan de un delito; y por último, en general, casi todas las acciones personales.

(*l*) Esta opinion ha sido sostenida por casi todos los antiguos prácticos y tambien por un gran número de autores modernos: Lauterbach, Lib. XLIV, T. 3, § 17; Stryk, Lib. XLIV, T. 3, § 2. Struv. exerc., 43. thes. 21. Puffendorf, T. I, Obs. 115. Höpfner, § 1182. Hofacker, § 870.

Obsérvase, sin embargo, que muchos autores, y principalmente en los tiempos antiguos, no han distinguido estas cuatro soluciones posibles; la mayor parte restringen el debate á la tercera y la cuarta, que como se verá, son los puntos más importantes de la discusion. Frecuentemente ha sido muy bien formulada la cuestion bajo los siguientes términos: ¿es necesaria la *bona fides* únicamente cuando el demandado es *debitor rei alienæ*, ó se exige tambien cuando es debitor rei *propiæ* (*m*).

Los partidarios de la primera opinion, que son los que restringen á la usucapion la aplicacion de las decretales, se fundan principalmente (*n*) en que en derecho canónico, la palabra *præscriptio* designaba la usucapion y no la prescripcion de las acciones. Es verdad que *præscriptio*, al contrario de lo que sucede en la fraseología de los romanos, abraza tambien la usucapion (*o*); pero es imposible sostener que la expresada denominacion se aplique exclusivamente á la usucapion y no á la prescripcion de las acciones. Nadie pretenderá en efecto, que el derecho canónico no reconozca tambien la prescripcion de éstas; y como no tiene para designarla ninguna otra expresion técnica, ha debido conservar la que venía del derecho romano (*p*). En comprobacion de lo dicho, encontramos una decretal de Alejandro III, donde la referida palabra se aplica precisamente á la exclusion de la accion (*q*).

Thibaut, Verjhärung, p. 82, 106. Pandekten, § 1003 (Brauns, Erörterungen, p. 873.) Estos autores invocan una jurisprudencia muy general y principalmente la de los tribunales imperiales.

(*m*) En efecto, el depositario es *debitor rei alienæ*, porque debe devolver una cosa de otro; el deudor de una suma de dinero es *debitor rei propriæ*, porque debe devolver su propio dinero y no el que ha recibido.

(*n*) La mayor parte de las razones alegadas en favor de esta primera opinion no hacen más que refutar la cuarta; son comunes á la segunda y á la tercera.

(*o*) Véase t. III, p. 204 y 205.

(*p*) Unterholzner, I, p. 12.

(*q*) C. 6, X, de præscr. (II, 25): «...quadragenalis præscriptio, *omnem prorsus actionem excludit.*» Tratábase. á la verdad, especialmente de una posesion de diezmos, respecto á la cual la prescripcion de la accion se confunde con la usucapion; pero la regla expresa la como motivo de la decision, abraza, en su generalidad, la prescripcion de la *accion* y se aplicaría tambien á la *locati actio*, nacida del arrendamiento de estos diezmos.

El motivo más expecioso para restringir, del modo dicho, el sentido de *prœscriptio*, se encuentra en el texto siguiente de la coleccion de Bonifacio VIII *(r)*: sine possessione prœscriptio non procedit.

Ahora bien, se dice, no siendo en general verdadero este principio más que para la usucapion, y siendo casi siempre falso para la prescripcion de las acciones, resulta que bajo la voz *prœscriptio*, no comprende el derecho canónico más que la prescripcion de las acciones.

El título entero del Sextus, de donde este texto se ha sacado, contiene reglas jurídicas, tomadas la mayor parte del derecho romano, con el fin de dar á la recopilacion una apariencia erudíta, y fué probablemente redactado por Dino, que era legista y no canonista *(s)*. El texto referido reproduce la siguiente decision de Licinio Rufino *(t)*: sine posessione usucapio contingere non potest.

Se vé claramente que la palabra *prœscriptio* sustituyó á la *usucapio*, á causa de que á fines del siglo XIII, época de la publicacion del Sextus, dicha palabra era mucho más conocida que la de *usucapio*. Con reflexionar un poco más hubiera Dino reconocido que la expresion era demasiado general, puesto que excluye, por ejemplo, la prescripcion de la accion resultante del préstamo. Invocar este texto para probar una locucion precisa y exclusiva del derecho canónico, es suponer que cada una de las palabras empleadas en el mismo ha sido pesada y aquilatada con excrupulosa exactitud; pero todo espíritu imparcial ha de reconocer que semejante suposicion haría demasiado honor á Dino. Por otra parte, para explicar con arreglo á este texto las decretales más antiguas de Alejandro III y de Inocencio III, era preciso considerarlo como fijando una fraseologia constante, uniforme y seguida en todas las épocas, cosa que no es sostenible. Admitimos, no sin razon, una cierta solidaridad restringida, ciertamente, que se refiere más bien á los principios mismos del derecho que á la fraseología *(u)*; pero entre las fuentes del derecho canónico,

---

(r) C. 3, de reg. juris in VI.
(s) Savigny, historia del derecho romano en la edad media, t. V, cap. XLIV.
(t) L. 25, de usurp. (XLI, 3).
(u) Véase t. I, § 43.

pertenecientes á tan diversas épocas, carece de todo fundamento una solidaridad semejante.

En apoyo de la segunda opinion no se aduce ningun argumento especial. Sus partidarios se contentan con atacar la cuarta solucion ántes referida, y en esta lucha se encuentran con los partidarios de la tercera; no tenemos, pues, que ocuparnos de la segunda opinion como distinta de esta.

§ CCXLV. *Extincion del derecho de accion.* III. *Prescripcion. Condiciones.* c. Bona fides (Continuacion).

Réstanos examinar el debate entre la tercera y la cuarta opinion. Versa dicho debate sobre la cuestion de saber si la *bona fides* se exige únicamente en las acciones personales cuyo objeto es la restitucion de una posesion, ó si se pide tambien respecto á todas las acciones personales en general; ó bien, en los términos ya citados: ¿la *bona fides* es únicamente necesaria cuando el demandado es debitor rei alienæ ó lo es tambien cuando es debitor rei propiæ?

La diferencia de opiniones que ahora nos ocupa tiene para la práctica mucha mayor importancia que las anteriores. La cuarta opinion, en efecto, significa necesariamente que la prescripcion debe ser excluida cuando, en un momento cualquiera, ha tenido el deudor conocimiento de la deuda; pues, llegado este caso, es preciso admitir que por *mala fide* no ha satisfecho al acreedor. Desde luego se vé que semejante doctrina anula casi por completo la institucion bienhechora de la prescripcion de las acciones, porque ciertamente en todas las deudas nacidas de los contratos ó de los delitos, el deudor, al ménos en su orígen, ha debido tener clara conciencia de dicha deuda, y en materia de obligaciones, se darán muy pocos casos en que esta conciencia no haya existido. Podrían, sin embargo, citarse algunos casos de esta falta de conocimiento, por ejemplo, cuando un heredero recibe por codicilo el encargo de pagar un legado y este codicilo, por una circunstancia accidental, permanece oculto durante treinta años; cuando un tercero administra mis negocios sin mandato y hace por mí expensas que ignoro; ó cuando equivocadamente recibo un *indebitum*. Pero fuera de estos casos, extraordinariamente raros, la la prescripcion de las acciones no encontraría nunca aplicacion.

Los partidarios de esta doctrina invocan tres argumentos: 1.°, la generalidad de los términos empleados por las decretales; 2.°, la generalidad del motivo moral; 3.°, la equidad natural. La refutacion de estos diversos argumentos servirá á la vez para defender la tercera opinion contra las objeciones de los partidarios de la primera y de la segunda.

1) Los términos de las decretales son muy generales, sin duda, y concluyente la frase *nulla præscriptio*; pero ámbos sólo hablan de *poseedores* de la cosa de otro y de la *conscientia rei alienæ*, palabras que no podrían aplicarse á los deudores que no pagan sus deudas. Esta restriccion resulta, además, del significado de la expresion técnica *mala fides*, tomada del derecho romano, y de su contraste con la *bona fides*, pues los Romanos no entienden por estas palabras la buena ó la mala fé en general, sino en su especial aplicacion á la posesion; en cualquiera otra circunstancia la voz técnica empleada para designar la mala fé es *dolus*.

En vano se tratará de reproducir la misma objecion contra la opinion tercera, diciendo que en los casos en que se exige *bona fides* no hay, frecuentemente, posesion jurídica con *animus possidendi*. Pero esta circunstancia es del todo indiferente, porque los textos relativos á la accion resultante de la propiedad, materia en que la distincion entre los *bonæ fidei* y *malæ fidei possessores* tiene más importancia (*a*), emplean la palabra *possessor* en su más grande extension, de manera que comprende tambien la simple detentacion sin *animus possidendi* (*b*).

Tampoco debe tomarse en un sentido muy extricto la frase *conscientia rei alienæ*, aplicándola exclusivamente á la conciencia de la *propiedad* de otro, y sin que pueda referirse á la mala fé respecto de un derecho de prenda, de enfitéusis, etc. La mencionada frase, por el contrario, comprende todos los casos de posesion en que el demandado es de mala fé y en que se trate de una restitucion (*c*).

(*a*) L. 22, C. de rei vind. (III. 32).
(*b*) L. 9, de rei vind. (VI. 1).
(*c*) Göschen, § 153. Así resulta del conjunto de los textos, al cual no podría oponerse la palabra aislada *aliena*, aunque repetida muchas veces. Citaré, además, en apoyo de mi opinion, la L. 7, C. de rebus alienis (IV, 51), donde la palabra *alienatio* se interpreta tambien del modo más libre.

2) El motivo moral expresado por las decretales, esto es, la represion del pecado, que es el mismo en todos los casos.

Esta afirmacion no es de modo alguno exacta, porque en los dos casos propuestos, es esencialmente diversa la posicion del demandado. La falta de pago de una deuda no implica frecuentemente ninguna intencion culpable; proviene unas veces de connivencia real ó presumida con el acreedor, otras veces de la carencia de dinero disponible en que se encuentra el deudor, sin que por esto sea insolvente; otras veces de apatía ú olvido. En estos diferentes casos no hay, en época alguna, mala fé ni pecado. Por el contrario, cuando se trata de una reclamacion de posesion, el detentador no puede ignorar su injusticia, ni las circunstancias accidentales pueden impedirle la restitucion. La ausencia de culpabilidad es tan rara en este último caso como frecuente en el primero.

El motivo moral, alegado aquí, debe determinar una preferencia decisiva de la tercera opinion contra la primera y la segunda. Cuando un locatario, por ejemplo, invoca la prescripcion contra la *locati actio*, sabiendo que debe restituir la cosa, su conducta es tan culpable como la del poseedor de mala fé que quiere cumplir la usucapion ó que opone la prescripcion á la reivindicacion del propietario; en todos estos casos la inmoralidad es absolutamente la misma ¿Cómo comprender, entónces, que en uno de ellos solamente hubiera querido el Papa, en virtud de su ley, salvar el alma del poseedor y la hubiera dejado perderse tranquilamente en los demás? Nadie pretenderá que la clasificacion jurídica de las acciones tenga semejante influencia sobre una cuestion de moral y de religion.

3) Los partidarios de la cuarta opinion entienden la equidad natural en el sentido de que toda prescripcion, como institucion del derecho positivo, es contraria al derecho natural.

Pero aunque de derecho positivo la prescripcion, no por eso deja de ser una de las más bienhechoras instituciones, y no debemos, á causa de su orígen, anular ni áun debilitar su eficacia por medio de restricciones infundadas.

Una comparacion de la opinion cuarta con los motivos generales que han determinado el nacimiento de la pres-

cripcion, sería la refutacion más completa de la opinion dicha. Entre estos motivos figura en primera línea la presuncion de la extincion del derecho (§ 237). Esta presuncion se aplica principalmente á los casos en que la cuarta opinion, al contrario de lo que sucede en las tres primeras, exige la *bona fides*, pues en ellos ordinariamente se trata de deudas pecuniarias, cuya solucion es muy verosimil. Ahora bien, si un comerciante viene despues de treinta años á reclamar una cuenta, es posible que cartas antiguas, por ejemplo, manifiesten que el deudor tuvo conocimiento de la deuda en su orígen; sin embargo, este hecho no destruye en manera alguna la probabilidad de que en el trascurso de tan largo tiempo haya sido pagada dicha deuda. Puede afirmarse, además, que los que exigen la *bona fides* para todas las acciones, no reconocen la presuncion del pago como motivo de la prescripcion. La satisfaccion de una deuda se verifica, en efecto, salvo raras excepciones, en virtud de actos libres del deudor (*d*), actos que no son posibles sin la conciencia de la deuda, que es precisamente, segun la doctrina que combato, obstáculo insuperable para la prescripcion. Otra cosa sucede respecto á las acciones en restitucion de la posesion, á las que las demás opiniones limitan la necesidad de la *bona fides*. La posesion existente todavía en el demandado prueba que el derecho no se ha extinguido directamente; una extincion indirecta, por medio de una indemnizacion pecuniaria, constituiría un nuevo acto jurídico, pero segun el órden natural de las cosas, ménos probable que el pago de una deuda pecuniaria.

Debo añadir en este lugar algunos detalles para completar la exposicion de esta materia.

El error de derecho no impide la existencia de la buena fé (*e*).

Se ha discutido otras veces si la prescripcion se destruye por el conocimiento del derecho de otro, adquirido despues

---

(*d*) Es verdad que algunas veces se extinguen las deudas sin necesidad de acto alguno del deudor, y aún contra su voluntad, como por ejemplo, cuando otro paga por él, sin hacer despues ninguna reclamacion, ó cuando el deudor, sin tener conocimiento de ello, adquiere un crédito que compensa la deuda; pero estos casos son tan raros que no se pueden tener en cuenta como regla general.

(*e*) Véase t. II, Apéndice VIII, núm. XXIII.

de la espiracion del término (*f*). En los tiempos modernos se ha reconocido generalmente que esta circunstancia no impide, por el motivo siguiente, la eficacia de la prescripcion (*g*). Engendra ésta, en efecto, ó al ménos puede engendrar un nuevo derecho, y por tanto, es del todo indiferente el juicio que se promueva sobre la relacion jurídica anterior. La renuncia verificada por medio de un nuevo acto jurídico en beneficio de una prescripcion adquirida, nada tiene de comun con la *mala fides* sobrevenida posteriormente; más adelante hablaré de los efectos de semejante contrato (*h*).

No obstante lo dicho, la cuarta opinion descansa sobre una relativa verdad que no debe ser desconocida. Cuando el deudor de una suma de dinero, no solamente conoce su deuda, sino que valiéndose de engañosos ofrecimientos impide al acreedor intentar su accion, dando así lugar á que trascurra el tiempo de la prescripcion, ocasiona un resultado que, visto sólo bajo su aspecto material, parece consistir en un impedimento de la prescripcion, producido por la *mala fides*. Pero esta frase no es exacta; realmente, á pesar de la mala fé, la antigua accion queda prescrita; lo que sucede es que, por consecuencia de los hechos referidos, el acreedor puede hacerse indemnizar completamente en virtud de una accion nueva, la *doli actio* (*i*).

§ CCXLVI. *Extincion del derecho de accion.* III. *Prescripcion. Condiciones,* c. Bona fides. (Continuacion).

Entre las opiniones relativas á la necesidad de la *bona fides* existe una de que no se ha hecho mencion y que difiere esencialmente de las expuestas hasta aquí (§ 244, 245). Esta opinion no merecería ser discutida sin una circunstancia accidental que le ha dado una cierta importancia.

(*f*) Gilken, de usucap., P. 2, Membr. 3, C. 8, establece una diferencia enteramente arbitraria entre las prescripciones, segun que intervenga *causa lucrativa* ú *onerosa*.

(*g*) Gifanio, p. 258. Müller, ad Leyser, Observ. 726. Möllenthiel, página 120.

(*h*) Bajo este punto de vista se considera el asunto en el Código prusiano. V. L. R. I, 9, § 564.

(*i*) L. 1, § 6, de dolo (IV, 3): «...nisi *in hoc* quoque dolus malus admissus sit, *ut tempus exiret.*»

Despues de haber examinado Rave las diversas opiniones que por extenso enumera, se declara en favor de la cuarta, esto es, aquella que en todas las acciones personales, sin excepcion, exige la *bona fides* como condicion de la prescripcion (*a*). Pero inmediatamente da al asunto un giro inesperado (*b*). La prescripcion de las acciones, dice este autor, no constituye más que una vehemente presuncion del pago. Así, pues, aunque se presentase un reconocimiento escrito de mano del mismo deudor, no por eso dejaría de existir la presuncion de que en tan largo espacio de tiempo se hubiese extinguido la deuda. Pero esta presuncion desaparece ante la prueba que el demandante suministra, primero, de que la deuda existe todavía, y por consiguiente, de que no se ha extinguido; segundo, de que el deudor tenía conocimiento de este hecho (*c*). La prueba de la *mala fides* resulta aquí de determinadas circunstancias que el juez debe tomar en consideracion. Son las principales las siguientes: la confesion extrajudicial; la tentativa hecha por el deudor para destruir los títulos del crédito; por último, los datos que pueden suministrar los testigos.

Difícil es encontrar la ilacion en medio de ideas tan confusas. Desde luego, Rave abandona la doctrina que había adoptado expresamente, la que exige la *bona fides* para todas las prescripciones, puesto que declara ineficaz el reconocimiento escrito por el deudor; y sin embargo, este título, siempre que al ménos se pruebe que en su orígen tuvo el deudor conocimiento de la deuda, viene á ser una prueba de la *mala fides*, tal como la entienden los demás autores. Veremos en seguida por medio de que artificio trata dicho autor de reproducir esta *mala fides*. Además, toma la presuncion del pago, este motivo puramente legislativo, que como tal sólo tiene una verdad restringida (§ 237), y en esta presuncion hace descansar la naturaleza práctica de la prescripcion misma, como la base que determina el modo y la extension de sus efectos.

(*a*) Rave, § 19, 93, 131, 132.
(*b*) Rave, § 133.
(*c*) Rave, l. c.: «Magis itaque requiritur etiam hoc, ut actor probet, *scire reum hanc obligationem nondum esse extinctam, sed iisdem terminis adhuc post hos triginta annos durare quibus antea incepit.*»

Para mostrarse consecuente en la aplicacion de esta doctrina, hubiera debido Rave abandonar enteramente la condicion de la *bona fides* y restringir el objeto de la prueba contraria á la *existencia* de la deuda, es decir, á su no extincion, lo cual naturalmente destruiría la presuncion. Es verdad, que para fijar este hecho negativo, se vería el demandante casi reducido á deferirlo al juramento del adversario, y el empleo de dicho medio presentaría en este punto numerosos inconvenientes.

Rave quería tambien hacer intervenir la *mala fides*, cuya eficacia había reconocido, siguiendo á varios autores más antiguos; la colocó donde nada tenía que hacer, despues de la prescripcion adquirida, y la combinó con la refutacion de la presuncion del pago, de tal manera que los mismos hechos debían servir para justificar la existencia de la deuda y la mala fé del deudor. Pero los diferentes hechos que cita como ejemplos no son, en modo alguno, pruebas suficientes. La confesion extrajudicial prueba únicamente la opinion del deudor sobre la existencia de la deuda; opinion acaso errónea, perfectamente compatible con el hecho del pago, y que, por tanto, no destruye la presuncion de la liberacion, fundada en el largo tiempo transcurrido. Otro tanto, puede decirse de la tentativa de destruir el título del crédito; y por otra parte, el deudor que se penetrara de la teoría de Rave, se guardaría muy bien de despertar las sospechas con semejante tentativa, puesto que la existencia del título no puede destruir la presuncion del pago. Por último, las declaraciones prestadas por terceras personas no podrían tener más eficacia que la confesion del deudor mismo.

Esta doctrina, pues, bajo cualquier aspecto que se la considere, es por demás inconsecuente y no resiste al menor exámen. Ningun autor moderno la ha adoptado, y me hubiera satisfecho por mi parte con mencionarla de pasada, si no hubiera producido en la práctica una consecuencia importante que Rave estaba muy léjos de prevêer.

El Código prusiano reconocía dos clases de prescripciones; una resultante de la posesion, y la otra del no uso. La primera abraza la usucapion romana y tambien los casos de prescripcion relativos á la posesion; la segunda comprende, entre otras cosas, y este es su principal objeto, los

casos de prescripcion romana donde no se trata de la posesion del demandado, es decir, precisamente los casos respecto á los cuales la cuarta opinion exige la *bona fides*, miéntras que no la exigen las demás (*d*).

Cuando Suarez preparó el Código, tuvo presente los siguientes principios, tan verdaderos como claramente concebidos. La prescripcion por el no uso es únicamente la pena de la negligencia del titular del derecho (*e*); así es que no hay que ocuparse en este punto de lo que concierne al demandado ni de su *bona fides* (*f*).

Sobre las numerosas observaciones á que este proyecto había dado lugar, hizo Suarez al gran canciller Carmer un informe, para preparar la redaccion definitiva; y en este informe dió un paso más decisivo; declaró expresamente que la *bona fides* no era de ningun modo necesaria (*g*). Desgraciadamente, Carmer habia leido el libro de Rave, y este libro había hecho en él una gran impresion, pues á continuacion de este informe insertó Suarez una decision contraria, de este modo expresada: «*Conclusum*. Se puede suministrar la prueba de que el deudor conoce su obligacion y trata de mala fé de sustraerse á ella.»

Este es el orígen de los dos textos siguientes del Código.

Th. I, Tít. 9, §, 568. La prescripcion cumplida por el no uso da lugar á la presuncion legal de que la obligacion ha sido, en el intérvalo, extinguida de una manera cualquiera.

§ 569. Esta presuncion puede ser destruida por la prueba completa de que el adversario conoce la existencia de la obligacion y que por mala fé trata de sustraerse á la ejecucion de la misma. Estos textos tienen por objeto, evidentemente,

---

(*d*) Estos principios generales sobre la prescripcion y sus dos clases principales, están tomados del Código prusiano. A. L. R. I, 9, § 500-503. Respecto á la prescripcion por el no uso, véase § 535 y sig.; respecto á la prescripcion por medio de la posesion, véase § 579 y sig.

(*e*) Simon und Strampff, Zeitschrift des Preusz. Rechts, t. III, páginas 421, 482, 512.

(*f*) Ib., p. 426, 508, 527, 532.

(*g*) Ib., p. 532, segun el t. 71. núm. 42. fol. 71, v. los manuscritos. Los párrafos que proponía estaban concebidos del siguiente modo: «Una vez cumplida la prescripcion por el no uso, se extingue por completo la obligacion. El conocimiento que el deudor pueda tener de su obligacion *no impide* la prescripcion.»

reproducir la doctrina de Rave (*h*), doctrina que carece de toda justificacion. En cualquier circunstancia la adopcion de los mismos hubiera sido deplorable; pero lo es tanto más aquí, cuanto que, estando regulada la materia de prescripcion por principios del todo diferentes (*i*), los mencionados textos vienen sin ninguna preparacion y como cuerpos extraños.

Es evidente que este texto no considera la *mala fides*, tomada en el sentido ordinario de la palabra, es decir, el conocimiento de la deuda durante el trascurso de la prescripcion, como un obstáculo para que ésta se verifique; pues de acuerdo con Rave, coloca la *mala fides* en el tiempo presente, esto es, cuando el litigio se ha entablado despues del cumplimiento de la prescripcion invocada por el demandado. Así resulta, tambien, de la disposicion del Código extableciendo una nueva prescripcion por el no uso, en favor del deudor regularmente condenado (*k*), en cuyo caso, este deudor debe haber tenido conocimiento de la deuda. Pruébalo últimamente, la circunstancia de que el § 568 presenta la presuncion del pago como la esencia de la prescripcion; y como el pago no tiene casi nunca lugar sin que el deudor conozca la deuda § 245, *d*) el Código no puede considerar este conocimiento como un obstáculo para la prescripcion.

¿Pero cual es el verdadero sentido de este texto y como debe ser aplicado? Esta cuestion no es tan facil de resolver. Los prácticos más experimentados, á quienes he consultado

---

(*h*) Si existieran dudas sobre este punto, quedarían destruidas por la observacion que hace Rave al presentar al Consejo de Estado los citados párrafos (que llevaban entónces los números 573 y 574:) «En la pretica, una vez espirado el plazo, no se examina ya la cuestion de la *bona fides*; pero esto es contrario à la teoría. En efecto, el *lapsus temporis* establece únicamente en favor del que prescribe una *præsumtionem juris*, la cual no excluye la prueba del *contrarii.*» (Simon und Strampff, página 580, segun los manuscritos, t. 88, fol, 48). Estas últimas palabras están traducidas casi literalmente de Rave, § 132.—Suarez no exponía su propia doctrina, sino la del gran canciller, cuyo órgano era.

(*i*) Señalaré más adelante todas las contradicciones que de aquí resultan en cuanto á los efectos de la prescripcion. La disposicion nueva no está de acuerdo con el principio del Código, citado en el § 245, *h*. Quizás no exista ningun otro texto que tenga relacion con los dos párrafos arriba citados. A. L. R. I, 20, § 245.

(*k*) A. L. R. I, 9, § 558. En cuanto á la prescripcion resultante de la posesion, dispone el Código precisamente lo contrario, puesto que exige la *bona fides*, I, 9, § 592.

sobre esta materia, ofrecen las más diversas soluciones; pero todos reconocen que este texto se aplica muy rara vez, que suscita inútiles dudas y que debería ser borrado del Código. Tal es tambien la opinion de la mayor parte de los autores; tratan éstos de explicar nuestro texto en el sentido de que la prescripcion es excluida por los actos fraudulentos del deudor, cuando dichos actos han impedido el ejercicio de la accion y determinado el cumplimiento de la prescripcion misma (*l*). El reconocimiento de este principio, que existe tambien en el derecho romano (§ 245, *i*) no ofrece inconveniente alguno en la práctica; pero el texto del Código prusiano no dice nada semejante, pues el *dolus* de que hablan estos autores, se manifiesta durante el transcurso de la prescripcion, miéntras que el texto referido coloca en una época posterior la *mala fides* que sirve de obstáculo á la prescripcion. Un solo autor ha hecho una parcial apologia de nuestro texto, pero le atribuye un sentido que no tiene ciertamente (*m*).

En el proyecto impreso de revision del Código, se propone la declaracion de que la *bona fides* no es necesaria para la prescripcion de las acciones. Cuando se dictó en Prusia la ley sobre las cortas prescripciones (§ 239, *t*), se propuso omitir, ántes de la revision general, los §§ 568 y 569, sin poner ningun otro en su puesto. Esto no se verificó, porque los expresados §§ determinan los efectos de la prescripcion, y no se quiso decir nada en esta materia sin haber examinado la institucion bajo todas sus relaciones; pero en cuanto á

(*l*) Rönne, Anmerk. zu Klein's Preusz. Civilrecht, t. I, § 222 (1830). Temme, Preusz. Civilrecht, § 346 (1832) Thöne, Preusz. Privatrecht, t. II, § 229, 3000, (1835). En 1789 se expresaba en el mismo sentido la comision de legislacion (Klein's, Annalen, t. VI, p. 311). Este principio no puede servir naturalmente para interpretar disposiciones mucho más modernas.

(*m*) Bornemann, Preusz. Civilrecht, t. II, § 120, 128, 129 (1834). Este autor hace una distincion enteramente nueva y extraña al espíritu del Código, entre las obligaciones fundadas en un título especial, como la venta ó el préstamo, y las nacidas de un principio general de derecho, como la garantía á responder de los vicios de la cosa vendida. No exige la *bona fides* para estas últimas, y sí para las primeras; pero en un sentido enteramente diverso del que se admite generalmente. Considero esta distincion como falsa en teoría y de una aplicacion casi imposible en la práctica. No creo que encuentre partidarios. Por lo demás, reconoce que el Kammergericht (tribunal de cámara), no ha exigido nunca la buena fé para la prescripcion de las acciones.

rechazar los citados textos, todas las opiniones estaban unánimes.

La regla establecida sobre esta materia en el Código francés es perentoria, pero sencilla y prática. No se exige la *bona fides* para la prescripcion treintenaria *(n)*. Si se trata de prescripciones particulares más cortas, el demandante puede deferir al juramento del demandado la cuestion de saber si la cosa ha sido realmente pagada (*o*). La prescripcion del pago se considera aquí como la única base y condicion de la prescripcion de las acciones y, por consiguiente, la cuestion de la buena fé se encuentra de algun modo eludida ó absorbida por otra. Aplicada á tan cortas prescripciones, respecto á las cuales la memoria todavía reciente de los hechos, puede suministrar datos precisos, la disposicion es buena; pero aplicada á largas prescripciones produciría resultados poco seguros y frecuentemente de un excesivo rigor.

§ CCXLVII. *Extincion del derecho de accion.—Prescripcion. Condiciones.* d. Lapso de tiempo.

El lapso de tiempo requerido para el cumplimiento de la prescripcion es de treinta años (§ 238).

Esta regla experimenta numerosas excepciones, pues diversas acciones duran ménos de treinta años y algunas duran más; unas y otras corresponden á la parte especial del tratado. Las excepciones de que en este lugar debo ocuparme son las que presentan cierto carácter de generalidad y que, abrazando clases enteras de acciones no tienen marcado lugar en la parte especial del tratado.

I. *Longi temporis præscriptio* de diez ó de veinte años. Tiene ésta carácter de generalidad porque se aplica á todas las *speciales in rem actiones*, es decir, á todas las acciones fundadas en derechos reales; pero no he de hablar de ella aquí, porque su origen y desarrollo la hacen inseparable de la usucapion.

II. Las acciones pretorianas.

(*n*) Código civil, art. 2262.
(*o*) Código civil, art. 2275.

Gayo y las Instituciones parecen decir que todas éstas acciones prescriben por un año, salvo algunas excepciones particulares (*a*). Paulo y Ulpiano nos enseñan que esta regla se aplica á las acciones penales conferidas por el edicto y no á las acciones conservadoras de los bienes (*b*). Puede añadirse que las acciones penales unilaterales y bilaterales están sometidas á la prescripcion de un año (*c*). Así, pues, la *doli actio* (*d*) y los interdictos posesorios (*e*) prescriben por un año, si bien estas acciones no enriquecen nunca al demandante, pero empobrecen con frecuencia al demandado á título de pena. Acaso la *actio furti manifesti* (nota *a*) sea la única verdadera excepcion de la regla que acabo de exponer. El caso que Paulo presenta como una segunda excepcion, cual es el de la *publiciana actio*, concedida como medio de restitucion contra una usucapion cumplida (*f*), no es una excepcion real. En efecto, la prescripcion no se refiere á la accion, sino á la restitucion, lo cual es muy diferente, en cuyo caso es siempre aplicable la prescripcion de un año, ora la restitucion deba facilitar el camino á una accion ó á una excepcion, ó á cualquiera otra relacion de derecho.

Puede dudarse que las prescripciones de un año debiesen ser aplicadas de igual manera que las prescripciones más largas bajo la forma de una excepcion, á causa de que rara vez las vemos designadas bajo el nombre de *præscrip-*

(*a*) Gayo, IV, § 110, 111, pr., J. de perpetuis (IV, 12). Se designan aquí como excepciones las acciones del heredero pretoriano contra los deudores de la sucesion, y la *actio furti manifesti*. Esta última, es una verdadera excepcion á la regla general y una excepcion bien motivada. Véase sobre la prescripcion de las acciones pretorianas á Unterholzner, I, § 12, II, § 269, 270. 272.

(*b*) L. 35, pr. de O. et A. (XLIV, 7), L. 3, § 4, nautæ (IV, 9), L. 21, § 5, rer. amot. (XXV, 2).

(*c*) Paulo se equivoca, sin duda alguna, cuando, en la ley 35, pr. cit., despues de haber sentado la regla de que las acciones pretorianas para la *rei persecutio* son *perpetuæ*, dice: «Illæ autem rei persecutionem continent, *quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis abest.*» Si este principio fuera fundado, deberían ser *perpetuæ* las acciones penales unilaterales, y sin embargo, son anuales (notas *d*, *e*.)

(*d*) Segun el edicto del pretor; posteriormente, este *annus utilis* se convirtió en *biennium continuum*. L. 8, C. de dolo (II, 21). La prescripcion anual de la accion de injurias (L. 5, C. de injur., IX, 35) es tambien una excepcion à la regla general; pero se refiere à una accion penal bilateral.

(*e*) L. 1, pr., de vi (XLIII, 16), L. 1, pr., uti poss. (XLIII, 17).

(*f*) L. 35, pr., de O. et A. (XLIV, 7).

tio ó exceptio. Sin embargo, esta designacion, se encuentra tambien algunas veces (*g*); y si fué poco usada, se debe á que en semejantes litigios los hechos estaban presentes en la memoria de las partes y el pretor mismo conocía de este medio de defensa, sin remitirlo, bajo la forma de excepcion, al examen de un *judex*.

III Las acciones pertenecientes á las iglesias y á las fundaciones piadosas (*h*).

La historia un tanto confusa de esta excepcion, que ha dado lugar á algunas controversias, descansa sobre los hechos siguientes:

En el año 528 dictó Justiniano una ley (*i*) por la cual creó una prescripcion de cien años para las acciones relativas á sucesiones, legados, donaciones y contratos de venta de las iglesias y fundaciones piadosas. Se estableció la misma prescripcion para las acciones de las ciudades, relativas á los mismos objetos, y tambien para las sucesiones, legados y donaciones destinadas al rescate de cautivos. Esta ley no hizo ninguna distincion entre las acciones *in rem* é *in personam*, ni estableció ninguna excepcion para las acciones sometidas á cortas prescripciones.

Atendiendo sólo á los términos de la ley citada puede parecer que se limita á las acciones especiales más arriba enumeradas de las iglesias y ciudades: pero es evidente que abraza en general todas las acciones de estas personas jurídicas, pues las palabras elegidas no hacen más que indicar las fuentes más ordinarias de sus bienes. Esta interpretacion se encuentra confirmada por leyes posteriores, las cuales unas veces se refieren á la ley mencionada, y otras veces reproducen su contenido (*k*), sin mencionar ninguna clase especial de acciones (*l*).

La Novela 9 (en 535) extendió, sin modificarlo, este privilegio de las iglesias de Oriente á todas las de Occidente, que designa bajo el nombre colectivo de *Ecclesia Romana*,

---

(*g*) L. 30, § 5, de peculio (XV, 1): «Si *annua exceptione* sit repulsus a venditore creditor...» L. 15, § 5, quod vi (XLIII, 24): «causa cognita *annum exceptionem* remittendam...» Véase t. VII. En el § 248, manifestaré de qué manera ha escapado esta circunstancia á Doneau.

(*h*) Este asunto se trata perfectamente por Unterholzner, I, § 40, 44.

(*i*) L. 23, C. de SS. eccles. (I, 2).

(*k*) Procem. de la Nov. 9 y de la Nov. 111.

(*l*) Unterholzner, I, § 40, 41.

sin establecer diferencia alguna entre los bienes situados en Oriente ó en Occidente.

Vino despues la Novela 111 (en 541), la cual redujo los cien años de las iglesias y fundaciones piadosas á cuarenta, de modo que su prescripcion se encuentra solamente prolongada en diez años respecto á la ordinaria. Además, este privilegio se declaró exclusivamente para ellas: tocante á las demás personas y á todas las otras materias debió ser aplicada la regla de los treinta años *(m)*. Las antiguas excepciones privilegiadas de las iglesias, principalmente las prescripciones trienales, continuaron subsistiendo *(n)*.

La Novela 131, C. 6, no es más que el resúmen de la ley que acabo de exponer. Unicamente precisa que los cuarenta años se aplican á los casos en que respecto de las demás personas se aplicarían diez, veinte ó treinta años, lo cual no se consideraba como una innovacion, sino simplemente como una designacion más precisa de las excepciones hechas al privilegio por la Novela 111 *(o)*.

Esta exposion de los actos legítimos se encuentra confirmada por varios textos del derecho canónico. Así, en el siglo V se reconocía aplicable á las iglesias *(p)* la prescripcion ordinaria de treinta años, porque el privilegio introducido por Justiniano no existía todavía; y en el año 591 se reconoce tambien que no aprovecha el Papa más que la prescripcion de cuarenta años *(q)*, porque Justiniano había dictado la abolicion general del privilegio de los cien años.

Posteriormente, sin embargo, la jurisprudencia de los tribunales vino á sentar la siguiente regla. Las iglesias en

---

(*m*) De este modo resulta evidentemente abolida para las ciudades la prescripcion de cuarenta años.

(*n*) El *triennium* designa la usucapion. Las otras excepciones no mencionadas se aplican evidentemente á todas las prescripciones mayores de diez años. No se mencionan todas estas excepciones en la L. 23, C. de SS. eccl. (I, 2), las cuales probablemente fueron establecidas por la jurisprudencia de los tribunales. En Graciano (c. 16. C. 16. q. 3) y en la Auth. Quas actiones. C. de SS. eccl. (I, 2), tres y cuatro años se consideran como excepciones.

(*o*) La abservacion contenida en la nota precedente lo explica y justifica: la marcha seguida en este punto por Juliano viene á confirmarlo tambien. En su const. 104 sólo extracta como derecho en vigor la Nov. 111. En la Const. 8, cita, verdaderamente, la Nov. 9; pero sin extractarla, por estar abolida. Pasa completamente en silencio la Nov. 131, C. 6.

(*p*) C. 1, c. 16, q. 3.

(*q*) C. 2, C. 16, q. 4.

general tienen cuarenta años, pero la *Ecclesia Romana*, esto es, la iglesia del Papa mismo, tiene, por excepcion, cien años. Esta jurisprudencia se funda en la Nov la 9; pero es preciso destruir completamente el conjunto de los hechos históricos para sacar semejante resultado. Se impone efectivamente, á la frase *Ecclesia Romana* un sentido nuevo y arbitrario, pues en su orígen designaba las iglesias de Occidente por oposicion á las de Oriente; y además, se olvida la abolicion completa de la Novela 9, abolicion formalmente atestiguada por un contemporáneo: Juliano.

Esta nueva doctrina fué reconocida por primera vez el año 878 (*r*), y este principio, expresado más tarde por Irnerio (*s*), fué confirmado últimamente por las decretales de Inocencio III (*t*) y de Bonifacio VIII (*u*).

Este resúmen histórico nos da á conocer los casos en que debe ser aplicado el privilegio de los cuarenta años. Reemplaza las prescripciones ordinarias de diez, veinte ó treinta años; y así, en la intencion de Justiniano se aplica ciertamente á la usucapion de los inmuebles. Por otra parte, se mantienen y se excluyen del privilegio todas las prescripciones más cortas, como la usucapion trienal de las cosas muebles, mencionadas expresamente por Justiniano (*v*).

IV. Segun la primera ley de Justiniano, las acciones de las ciudades, como las de las iglesias, deben durar cien años (nota *i*). Por una ley posterior derogó el Emperador

---

(*r*) C. 17, C. 16, q. 3, del papa Juan VIII.

(*s*) Auth. *Suas actiones*, C. de SS. eccl. (I, 2): «Quas actiones alias decennalis, alias vicennalis, alias tricennalis prœscriptio excludit: hæc, si loco religioso competant, cuadraginta annis excluduntur: usucapione triennii, vel quadriennii prœscriptione, in suo robore durantibus: sola Romana ecclesia gaudente centum annorum spatio vel privilegio.» Con motivo de este texto, ha sido acusado Irnerio injustamente de haber falsificado el derecho romano, A la verdad, la inscripcion sólo designa como fuente la Nov. 131, C. 6; pero ha completado el texto con arreglo á la Nov. 111 y á la jurisprudencia de los tribunales: de manera que no puede argüírsele de haber entendido falsamente la Nov. 9 y haber hecho de ella equivocada aplicacion. Véase Savigny, historia del derecho romano en la Edad Media, t. II, § 70.

(*t*) C. 14, 18, 17, X, de præscr. (II, 26), hácia el año 1206.

(*u*) C. 2, X, de præscr. in VI (II 13), hácia el 1300.

(*v*) Unterholzner, I, § 41. Esta restriccion previene la objecion que pudiera hacerse, fundada en que esto sería, con frecuencia, impracticable para las cortas prescripciones. Por ejemplo: ¿cómo reconocer á una iglesia el derecho de ejercitar durante cuatro años la *actio redhibitoria ó quanti minoris*?

completamente este privilegio y volvió á dejar las ciudades bajo la regla de los treinta años (nota *m*). Pero como las ciudades no se habían nombrado expresamente, hubo muchos que equivocadamente creyeron que los cien años continuaban subsistiendo para ellas; otros, que estaban tácitamente comprendidas en el nuevo privilegio de las iglesias (cuarenta años); y los tribunales no siempre se han preservado de estos errores *(x)*.

V. Las acciones del fisco.—En esta materia, mas bien que la divergencia de opiniones, tengo que señalar una ausencia completa de investigaciones sérias y profundas.

Ante todo, deben distinguirse las acciones que tienen por objeto los derechos especiales del fisco, como las penas etc. y las acciones fundadas en derechos ordinarios que pueden pertenecer al fisco.

A. Las acciones especiales del fisco se prescriben por veinte años, regla qne proviene de una época en que todas las acciones en general eran todavía imprescriptibles *(y)*.

Ocurren en este punto dos excepciones particulares. El derecho de sucesion del fisco, en ausencia de todo otro heredero, prescribe á los cuatro años *(z)*. Las acciones para el cobro de los impuestos son, por el contrario, absolutamente imprescriptibles, aún despues de la última modificacion del derecho *(aa)*.

B. Las acciones ordinarias en que el fisco figura, como cualquiera otra persona, á título de propietario, de acreedor etc., se encuentran sometidas á la prescripcion comun de treinta años. Es verdad que en contra de esto se alega una ley de Anastasio, que establece una prescripcion de cuarenta años; pero esta ley sólo habla de una accion particular, cual es la reivindicacion de los inmuebles patrimonia-

---

(x) Bülow aud Hagemann, Pratische Erörterungen, t. IV, núm. 5, Unterholzner, I, § 45. El Dictatum de consiliariis, considera como existente siempre el privilegio de las ciudades, Savigny, historia del derecho romano en la Edad Media, t. II, § 70, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswiss., t. V, p. 343, 344.

(y) L. 13, pr., de div. temp. præscr. (XLIV, 3). L. 2, § 1, L. 3, L. 4, de requirendis (XLVIII, 17), L. 1. § 3, de jure fisci (XLIX, 14).

(z) L. 1, C. quod de quadr. præscr. (VII, 37).

(aa) L. 6, C. de præscr. XXX. (VII, 30). Véase § 238, *o*. La ley prusiana del 18 de Junio de 1840 (Gesetzsammlung), fija, por el contrario, prescripciones más cortas para el pago de los impuestos.

los *(bb)*. No se refiere á un privilegio especial del fisco, el cual se colocaba en la misma categoría que los templos, en una época en que no se pensaba todavía en una prescripcion de cuarenta años á favor de las iglesias. Esta clase particular de bienes patrimoniales no existe en el derecho actual. Por el contrario, véase una confirmacion nada equívoca de la regla de los treinta años. La accion para perseguir los colonos fugitivos como *res privata* del emperador, se encuentra sometida á la prescripcion ordinaria de los treinta años *(cc)*, y es cosa expresamente declarada que la *res privata* goza de todas los privilegios del fisco *(dd)*. Todo lo más que pudiera pretenderse es que estas acciones ordinarias del fisco pertenecen al número de las que no reciben la aplicacion de la prescripcion de treinta años, por consecuencia de arbitrarias interpretaciones (§ 238). Pero en ninguna parte de las fuentes del derecho se encuentra formalmente reconocida semejante excepcion.

Los autores modernos, copiándose los unos á los otros, afirman que la regla seguida en la práctica, es la de cuarenta años *(ee)*. Pero, en primer lugar, no citan ninguna decision judicial que pueda justificarlo; en segundo lugar, la forma de expresion que emplean es de tal modo general que podría extenderse dicha regla á las acciones especiales del fisco, contra lo que disponen expresamente los textos más formales del derecho romano.

Tenemes todavía que resolver algunas cuestiones más generales respecto al lapso de tiempo.

Desde luego, ocurre preguntar: ¿cómo se calcula? Respecto á las prescripciones de un año ó de ménos de un año se aplica el *utile tempus*; respecto á las más largas el *continuum*. La computacion civil se aplica á todas las prescripciones; de manera que la prescripcion se cumple al terminar el dia del calendario, dentro del cual caiga el término matemático, el *momentum temporis (ff)*.

(bb) L. 14, C. de fundis patrim. (XI, 61). Esta prescripcion se aplica á toda posesion, con tributo ó sin él.

(cc) L. 6, C. de fundis rei priv. (XI, 65).

(dd) L. 6, § 1, de j. fisci (XLIX, 14).

(ee) Thibaut. Verjährung, p. 97, 129. Unterholzner, I, § 46. II, § 259. Göschen, I, p. 437. Vangerow, I, p. 173.

(ff) Véase t. III, § 185, 189, 190.

Otro asunto importante consiste en saber si el lapso del tiempo se cumple solamente por los indivíduos entre los cuales ha comenzado la prescripcion, ó si se opera tambien en el curso de su duracion, para otros indivíduos, por *accessio temporis*. Con arreglo á los principios generales, no es dudosa la respuesta á esta cuestion. La forma jurídica bajo la cual tiene lugar la prescripcion de las acciones es la de una excepcion. Ahora bien, en principio, las excepciones se trasmiten por ambas partes á los herederos y á los sucesores á título singular, salvo algunos casos especiales en que la excepcion descansa sobre una relacion puramente individual (§ 227); y es evidente que la *temporalis præscriptio* no corresponde á ninguno de estos casos especiales. Con arreglo á lo dicho podemos sentar el principio siguiente: el beneficio de la prescripcion pertenece al demandado originario y á sus representantes, herederos, compradores, donatarios, etc., pero no á los que sin sucesion hayan adquirido la posesion de la cosa, en virtud de una *in rem actio*; el perjuicio de la prescripcion alcanza al demandado primitivo, sus herederos y cesionarios, tanto respecto de las acciones *in rem*, como de las *in personam*. Confírmase esta doctrina, observando que en los textos del derecho se examina principalmente si la accion ha sido ejercitada en tiempo útil, lo cual las coloca bajo la regla di ha; y cuando se trata de personas diferentes, se investiga siempre si la accion que se pretende prescribir es la misma cuya prescripcion ha comenzado.

Veámos ahora cuáles son los principios declarados en las fuentes del derecho. La usucapion comenzada y no cumplida se continúa durante todo el tiempo en la persona del heredero, quien, segun el *jus civile*, es idéntico á la persona de su autor *(gg)*; pero no se continúa en la persona del adquirente ó del donatario. Semejantes principios hacen referencia á la naturaleza rigurosamente civil de la usucapion; pero la *accesio temporis* fué en todo tiempo admitida sin restricciones para la *longi temporis præscriptio*, cuya base era la *æquitas (hh)*. Después, fué sucesivamente aplicada la *ac-*

(gg) L. 30, pr., ex quib. caus. (IV, 6).

(hh) L. 14, 15, de div. temp. præscr. (XLIV, 3), L. 76, § 1, de contr. emt. (XVIII, 1); texto que evidentemente sólo habla de la *l. t. præscrip-*

cesio temporis á diversos casos de la usucapion, y últimamente, Justiniano la erigió en regla general *(ii)*.

Habiendo sido establecida la prescripcion treintenaria en una época en que el vigor del antiguo derecho civil no era más que un recuerdo histórico, no cabe duda de que la *accessio temporis* debió ser siempre aplicada á la *longi temporis præscriptio*, tanto más, cuanto que los treinta años rara vez trascurrirían sin cambio de personas. Hé aquí, probablemente, por qué los emperadores no juzgaron necesario dar ninguna decision sobre un punto tan incontestable. Y aunque anteriormente hubiera podido ponerse en duda la aplicacion ilimitada de la *accessio* á la prescripcion de las acciones, esto no era ya posible, desde el momento en que Justiniano la había declarado para la usucapion, que era mucho más rigurosa (nota *ii*).

Existen en el derecho nuevo ciertas decisiones que serían mal comprendidas, si de sus palabras, un poco vagas, se quisieran inducir reglas generales, contrarias á los principios que acabo de exponer.

Estos principios reciben su aplicacion directa, cuando, con motivo de la prescripcion de cuarenta años de la accion hipotecaria, el deudor mismo se identifica con su heredero *(kk)*. Existen además otros textos más precisos.

Si, posteriormente á la prescripcion de la accion fundada en la propiedad, un nuevo poseedor ha tomado posesion de la cosa, dice Justiniano que el propietario puede ejercitar contra él la reivindicacion; el Emperador supone tácitamente que la posesion resulta de la casualidad ó de la violencia, y no de una venta hecha por el que ha adquirido la *temporis præscriptio (ll)*. Por el contrario, una ley de Anastasio,

---

tio, y no de la usucapion. La misma *accessio* se aplicaba en el interdicto *utrubi*, si bien en este caso no tenía por objeto la prescripcion de una accion. La L. 13, de aqu. poss. (XLI, 2), ofrece vestigios de esta aplicacion.

(ii) § 12, 13, J. de usucap. (II, 6), L. un., C. de usuc. transform. (VII, 31).

(kk) L. 7, § 1, C. de præscr. XXX (VII, 39).

(ll) L. 8, § 1, C. de præscr. XXX (VII, 39), verb.: «Sin vero nullum jus in eadem re quocumque tempore habuit, etc.»—No se hablaría de este modo de un nuevo poseedor que hubiera comprado la cosa al poseedor que la estuviese prescribiendo, ni se le llamaría, como despues se hace, *i justus possessor*. La *temporis præscriptio* no se niega aquí, por tanto, al comprador. Este texto no se refieré al que entra en pose-

al hablar de los cuarenta años concedidos para la reivindicacion de los bienes patrimoniales, dice que el poseedor actual puede contar el tiempo de su predecesor *(mm)*; supone, pues, tácitamente que existe un lazo de sucesion entre estos dos poseedores. Las palabras de ambas leyes son indeterminadas, pero en uno ni en otro caso debe sacarse de ellas ninguna consecuencia contraria á los principios generales.

Dichos principios, á pesar de su evidencia, no han sido siempre bien comprendidos por los autores modernos, y los textos que acabo de explicar han sido la causa de sus errores *(nn)*.

§ CCXLVIII. *Extincion del derecho de accion. III. Prescripcion.—Sus efectos.*

Franke, Civilistische Abhandlungen. (1826), núm. 2.
Von Löhr, Archiv. t. X, p. 72-94 (1827).
Guyet, Archiv. t. XI, núm. 5 (1828).
Heimbach, Linde' s Zeitschrift, t. I, núm. 22 (1828).
Vermähren, Linde' s Zeitschrift, t. II, núm, 9 (1829).
Büchel, Erörterungen, Heft I, Marbourg 1832.

Esta cuestion ha dado lugar en los últimas tiempos á numerosas disertaciones; pero su solucion se ha hecho mucho más difícil por la manera de formularla. Así, se ha preguntado si la prescripcion extingue el *derecho mismo* ó únicamente la *accion*, y á causa de esta manera de expresarse, se han apartado insensiblemente, sin apercibirse de ello, en los casos más importantes y difíciles, de las ideas del derecho romano. Por medio de este contraste se han

---

sion *antes* de encontrarse la prescripcion cumplida; y, sobre todo, no habla de la prescripcion de las acciones personales.

(mm) L. 14, C. de fundis patr. (XI, 61): ...«possessione sci licet non solum eorum qui nunc detinent, verum etiam eorum, qui antea possederant, computanda.»

(nn) Reinhart. Usucapio et Præscriptio, Stuttgart, 1832, p. 263, y Kierulff, p. 200 no admiten la *accessio* para la prescripcion de las acciones, fundándose en la L. 8, C. de præscr. XXX (nota *ll*). y segun los términos generales en que se expresan, parecen excluir tambien al heredero. Kierulff refiere á la usucapion la L. 76, § 1, de contr. emt. (nota *hh*), pero incurre en un error manifiesto. porque la *longi temporis præscriptio*, de que habla la citada ley, es una prescripcion de accion, de igual manera que la prescripcion treintenaria.

querido distinguir los efectos posibles de la prescripcion, el uno más potente que el otro, y los autores se han separado en dos partidos, salvo algunas modificaciones secundarias.

Veámos primeramente cuál es el efecto de la prescripcion sobre las acciones *in rem*, y tomemos como tipo la accion resultante de la propiedad. La cuestion ántes indicada tiene aquí una significacion más precisa, y su solucion no puede ser dudosa para todos aquellos cuya opinion no aparezca influida por la consideracion de las acciones personales.

Desde luego, debe evidentemente descartarse el caso de la usucapion, porque ésta absorbe por completo é incontestablemente, la prescripcion de la accion. Si, por ejemplo, un poseedor sin título adquiere la propiedad por una posesion de buena fé, continuada durante treinta años (*a*), el antiguo propietario queda ciertamente despojado de su derecho, porque éste ha pasado á otro, y la misma propiedad no puede existir á la vez en dos personas diferentes. Aquí, pues, no cabe cuestion sobre la prescripcion de la accion, puesto que el derecho mismo ha sido completamente anulado (*b*). Para que la prescripcion sea aplicable á la reivindicacion, es preciso suponer el caso en que el poseedor no adquiera la propiedad, lo cual acontece efectivamente si el poseedor es de mala fé (*c*). En este caso, es cierto que el antiguo propietario ha perdido, no el derecho mismo, sino únicamente la accion. Expresamente se dice, en efecto, que si por una circunstancia accidental, viene la posesion á manos de un tercero que no tenga ninguna clase de derecho á ella, puede el antiguo propietario ejercitar contra él la reivindicacion (*d*), lo cual es compatible con la pérdida del derecho. Si se pretendiera semejante pérdida, esto es, la extincion de su propiedad, se llegaría á un resultado absurdo, pues en este caso la cosa no tendría dueño; y continuando subsistente la posesion de mala fé, adquiriría el poseedor la propiedad de esta cosa nullius por derecho de

---

(*a*) L. 8, § 1, C. de præscr. XXX, (VIII, 39). Esto es lo que los autores modernos llaman *usucapio extraordinaria*.

(*b*) Véase § 230, núm. I.

(*c*) L. 8, § 1, C. de præscr. XXX (VII, 39).

(*d*) L. 8, § 1, C. cit., verb.: «tunc licentia sit priori domino... eam vindicare...»

ocupacion, obteniendo así por otro camino el beneficio que le rehusa absolutamente Justiniano (*e*). Uno de los que atribuyen á la prescripcion un efecto más importante, pretende que el derecho mismo queda anulado; pero solamente *per exceptionem* (*f*), con lo cual viene á reconocer la contradiccion que implica su doctrina; pues rechazar *per exceptionem* significa que no se destruye el derecho, sino que se contraresta la accion, quitando de este modo al derecho mencionado la proteccion que garantizaba la accion dicha (§ 225, 226). Otro autor, con mejor acuerdo, abandona respecto de las acciones *in rem*, el principio de la destruccion del derecho y lo limita á las acciones personales (*g*). Esto nos conduce directamente al verdadero campo de esta gran controversía.

Si examinamos las acciones personales, encontraremos desde luego que no agotan la totalidad de las obligaciones; pues fuera de ellas existen *obligaciones naturales*, obligaciones sin acciones, las cuales se reconocen por todos como absolutamente imprescriptibles. Ahora bien; los que atribuyen á la prescripcion el efecto ménos potente y limitan su influencia á la accion, deben desecharla en cuanto á los derechos que ninguna accion proteje; los que consideran la destruccion del derecho mismo como el resultado de la prescripcion pueden, sin inconsecuencia, aplicarla á las obligaciones naturales; pero esto es precisamente lo que nadie ha hecho (*h*).

El objeto de nuestra indagacion se encuentra, pues, limitado á las obligaciones civiles, es decir, á las acciones personales. Llegados á este punto, el más importante de la discusion, aparecen todos los inconvenientes que resultan de la forma en que la cuestion ha sido presentada, porque las ventajas que para la certidumbre de la solucion nos ofrecían los príncipios decisivos del derecho romano sobre es-

(*e*) Esto es lo que hace notar con gran fundamento Guyet, p. 89, 90. La réplica de Vermehren, p. 353, no es en modo alguno satisfactoria.

(*f*) Löhr, p. 81, 82.

(*g*) Büchel, p. 37 y sig.

(*h*) Debería esperarse encontrar aquí otra institucion positiva, distinta de la prescripcion, que tuviera por objeto extinguir los derechos no ejercitados. Si ningun legislador se ha ocupado del asunto débese á la rareza y poca importancia práctica de las obligaciones puramente naturales.

tas materias, exactamente traducidos en expresiones técnicas, quedan en gran parte destruidas por los términos arbitrarios en que se ha formulado dicha cuestion; y esta es la causa principal de que, despues de tantas cuestiones, no se haya logrado la unidad deseada entre las opiniones diversas (*i*).

El derecho romano establece las distinciones siguientes respecto á la extincion de una obligacion civil:

1.ª) Extincion de la obligacion *ipso jure*. Ejemplos: cumplimiento, confusion, novacion.

2.ª) Extincion *per exceptionem*, de tal manera que se encuentre destruida al mismo tiempo la *naturalis obligatio*. Ejemplos: *exceptio pacti, juris jurandi*. En cuanto á sus efectos, este caso se aproxima al primero; pero, sin embargo, difiere de él esencialmente (§ 225).

3.ª) Extincion *per exceptionem*, de manera que la *naturalis obligatio* continúe subsistiendo. Ejemplo: *exceptio rei judicatæ*.

Si referimos estas distinciones reales é incontestables, hechas por el derecho romano, á la cuestion propuesta, tendremos el resultado siguiente: Los que atribuyen á la prescripcion el efecto de destruir el *derecho mismo*, deben pretender que la obligacion se extingue *ipso jure*; los que piensan que únicamente destruye la accion, deben pretender que la obligacion se extingue *per exceptionem*, sin que tenga influencia alguna sobre la suerte de la *naturalis obligatio*. Mas nadie ha entendido de este modo la cuestion, al ménos hoy, despues de una discusion tan continuada; ni podría tampoco entenderse de tal manera, porque el derecho romano no habla nunca más que de una *temporis præscriptio* ó *exceptio*.

Un autor del siglo XVI, Doneau, es el que ha comenzado este camino. Dicho autor dice (*k*) que las acciones se some-

---

(*i*) La obligacion, en su estado primitivo, es susceptible de idénticos contrastes. Así, puede ser dicha obligacion. 1) *ipso jure nulla*; 2) no válida *per exceptionem*, con una *naturalis obligatio* ineficaz; 3) no válida *per exceptionem*, con una *naturalis obligatio* eficaz. Citaré, como ejemplo de estos tres casos: 1) la promesa de un impúbero; 2) la *exceptio doli* ó *metus*; 3) la *exceptio Sc. Macedoniani*. Volveré más adelante, § 249, *c*, sobre el ejemplo de la *exc. rei judicatæ*.

(*k*) Donelo, Lib. XVI, C. 8, § 21, 22; Lib. XXII, C. 2, § 18.

ten á la prescripcion, unas veces por la accion misma que los introduce, como son las acciones anuales pretorianas, y otras veces por una ley posterior: en el primer caso, obra la prescripcion *ipso jure;* en el segundo, *per exceptionem*. Su principal argumento se funda en que el edicto dice ordinariamente, respecto de las acciones de la primera clase, *intra annum actionem dabo*; de donde Doneau concluye que despues de la espiracion del año no hay acccion (*nulla actio*), y que la ántes existente se ha extinguido *ipso jure (l)*. Pero esta opinion no es decisiva en manera alguna, porque dos senado-consultos designan expresamente la accion para declarar su falta de validez; de modo que no puede dudarse que ésta tenía lugar *per exceptionem* (*m*). Vemos, por otra parte, que precisamente para las acciones anuales pretorianas tiene la prescripcion lugar bajo la forma de una *annua exceptio* (§ 247, *g*). Por último, aunque la doctrina fuese verdadera no decidiría nada para el caso más frecuente é importante, que es el de la prescripcion treintenal; las dudas, pues, no quedarían resueltas sino solamente circunscritas á más extrecho círculo.

La opinion de Doneau no ha encontrado partidarios. Los autores modernos adoptan en principio la doctrina de que la prescripcion no obra *ipso jure*, sino *per exceptionem*, y sus discusiones versan en realidad sobre la cuestion de saber si la prescripcion destruye la *naturalis obligatio*, ó continúa ésta subsistiendo. Pero el contraste que los citados

---

(*l*) Donelo, sobre la L. 6 de O. et A. (XLIV, 7), sienta otro principio: «In omnibus *temporalibus actionibus*, nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem.» Desde luego, no debe creerse que la frase *finit* obligationem designe una extincion *ipso jure*. Además. Doneau impone arbitrariamente el nombre de *temporalis* actio á la clase de obligaciones que le servian de dato; pero esta palabra designaba antiguamente á toda accion prescriptible. y en el derecho nuevo á toda accion sometida á una prescripcion menor de treinta años (pr. J. de perpet. IV, 12). La *rei vindicatio* fué durante largo tiempo enteramente imprescriptible, y despues se estableció para ella la *longi temporis præscriptio*: por consiguiente. se convirtió desde entónces en una *temporalis actio*, aunque esta denominacion no puede pertenecerle en el sentido arbitrario que Doneau le atribuye. Segun la L. 6, de O. et A. (admitida la interpretacion de Doneau), se verificaba *ipso jure* la prescripcion de la *rei vindicatio*; pero, evidentemente, no es este el caso que nos ocupa.

(*m*) L. 2, § 1, ad Sc. Vell. (XVI, 1): «...ne eo nomine ab his petitio, *neve in eas actio detur*...» De igual manera, se lee en la L. 1, pr., de Sc. Mac. (XIV, 6): «ne cui... *actio petitioque daretur*»

autores establecen entre el *derecho mismo* y *la accion* no expresa con exactitud la idea que pretenden esclarecer; por lo cual, ahora que se encuentra bien precisa lo el objeto de la discusion, formularía yo la cuestion bajo la siguiente forma, más breve y ménos susceptible de error:

¿Debe atribuirse á la prescripcion el efecto más poderoso ó el ménos eficaz (*n*)?

§ CCXLIX. *Extincion del derecho de accion.* III. *Prescripcion. Sus efectos* (Continuacion).

Se ha tratado frecuentemente de resolver la cuestion que nos ocupa, buscando en las fuentes del derecho los textos donde se ha hablado de una *actio* perdida ó de una *obligatio* extinguida, y aduciéndolos como prueba, á los primeros del efecto ménos potente, y á los segundos del efecto más poderoso. No censuro este método, porque los antiguos jurisconsultos, autores de estos textos, no conocían la prescripcion treintenaria, y podríamos sin escrúpulo, aplicar á esta prescripcion, introducida por el derecho nuevo, las decisiones de los mismos sobre los efectos de la prescripcion admitida en su tiempo como excepcion, por ejemplo, la referente á las acciones anuales pretorianas. Pero el método es vicioso, porque las palabras que se aducen como prueba son expresiones vagas é indeterminadas que no resuelven en modo alguno la cuestion. En efecto, las afirmaciones que

---

(*n*) Los autores ya citados, que se declaran por el efecto más poderoso, son: Löhr, Heimbach, Vermehren, Büchel; despues, Vangerow, I, página 176, 175, 180, Kierulff, p. 210, 214. El efecto ménos potente se encuentra sostenido por Franko y Guyet; despues por Weber: Natürliche Verbindlichkeit, § 92, y además; Beiträge, p. 54 y sig.; Glück, t. XIII, p. 100, 380, t. XV, p, 65, t. XX, p. 162; Unterholzner, Vejäharung, II, § 258; Schuldverhaltnisse, t. I, § 247; Mühlenbruch, II, § 481, Puchta, Lehrbuch, § 77; Göschen, § 154. Por mi parte, profeso esta segunda opinion. Además de estos dos sistemas, varios autores ocupan lugar separado: Doneau, que distingue las cortas y las largas prescripciones (nota *k*); Rave, cuya opinion se refiere á su doctrina especial sobre la *bona fides* (§ 245) y Thibaut, que ha sostenido sucesivamente tres opiniones diversas; primero, la que yo adopto; últimamente, la de mis adversarios; y en el intervalo, la pérdida del derecho mismo, en cuanto á la prescripcion de treinta años, y la pérdida solamente de la accion, respecto á las prescripciones más cortas. Verjährung, p. 118. Pandeckten, 7.ª ed., 1056, 1762; 8.ª ed., § 1019, 1025. Braun's Erörterungen, sobre el § 1056.

dichos textos contienen de la pérdida de una *actio* ó extincion de una *obligatio*, por excepcion, pueden conciliarse igualmente que con la conservacion, con la pérdida de la *naturalis obligatio*; así, pues, no deciden nada respecto á este contraste, que es lo único importante (*a*).

Mejor medio que este es el de investigar si existe una regla general que fije la suerte de la *naturalis obligatio*, cuando se ha rechazado una accion *per exceptionem*. Esta regla la encontramos formalmente declarada por Pomponio, Marciano y Ulpiano. Las excepciones establecidas *odio creditorum* dejan subsistir la obligacion natural; las establecidas en favor del deudor la destruyen (*b*).

Pero á pesar de la aparente certidumbre y precision de la regla citada, nos es de muy poca utilidad. Desde luego, es de tal manera vaga é incierta su aplicacion, que cada uno de los dos partidos la invocan igualmente; los del efecto ménos poderoso, al decir que la prescripcion es la pena de la negligencia, afirmacion á que con razon se objeta que es ménos el motivo del perjuicio causado que su justificacion (§ 237); los del efecto más poderoso, al decir que la prescripcion se ha establecido para proteger al demandado, á lo cual se contesta que se ha establecido más bien en vista de la utilidad general que para favorecer una clase especial de individuos, como lo hizo, por ejemplo, el *Sc. Vellejanum*.

La verdad de esta pretendida regla es cosa todavía más difícil de averiguar, pues en su aplicacion aparece frecuentemente desmentida y precisamente en los casos más incontestables. Así, por ejemplo, la *exceptio rei judicatœ* tiene

---

(*a*) Heimbach, p. 437, 440 ha profundizado este asunto y cita numerosos ejemplos; únicamente manifiesta no estar de acuerdo consigo mismo, cuando, para probar (p. 448) que la prescripcion *extingue completamente el derecho*, se apoya en la frase tempore *liberari*, que, en su sentir, *indica claramente la liberacion de toda obligacion.—Liberari* se aplica al *ipso jure* de igual modo que al *per exceptionem* (L. 1. § 2, quæ in fraud., XLII 8, L. 3, §, de lib. leg. XXXIV, 3), y en este último caso, aunque la *naturalis obligatio* continúa subsistiendo. L. 60, de fidej. (XLVI, 1): «Ubicumque reus *ita liberatur* a creditore, *ut natura debitum maneat*, teneri fidejussorem respondit: cum vero *genere novationes* transeat obligatio, fidejussorem aut jure aut exceptione liberandum.»

(*b*) L. 19, pr. de cond. ind. (XII, 6), L. 40 pr. eod., L. 9, § 4, de Sc. Macedoniano (XIV, 6).

el efecto más débil (*c*), y ciertamente, nadie pretenderá que se haya decretado *odio creditoris*. Otro tanto cabe decir de la excepcion fundada en el antiguo derecho, sobre la consumacion del procedimiento (*d*). Por el contrario, las excepciones que no podrían nunca considerarse como introducidas *odio creditoris* son las motivadas por el fraude ó la violencia, la *doli* y la *metus exceptio*; y sin embargo, no dejan subsistir ninguna *naturalis obligatio*, pues verificado el pago por error, es perfectamente admisible la repeticion (*e*). Por aquí venimos á conocer de qué manera se ha formado esta regla. Los tres jurisconsultos antiguos, cada uno de los cuales parece haber seguido á su antecesor, no tuvieron presente más que dos casos particulares, con resultados prácticos opuestos: la *exceptio Sc. Macedoniani* y *Vellejani*. Con arreglo á ellos trataron de formar, por abstraccion, una regla general y tomaron sus caractéres más aparentes, sin preocuparse por averiguar si su regla era igualmente aplicable á otros casos de distinta especie. Encontramos aquí una confirmacion nueva de una observacion que he tenido ocasion de repetir frecuentemente, á saber, que las reglas abstractas de los antiguos jurisconsultos deben ser acogidas con extrema desconfianza (*f*).

Obligados á abandonar enteramente, á pesar de su apa-

(*c*) Aquí se aplica el *solutum non repetere*, de modo que la *naturalis obligatio* continúa subsistiendo. L. 28, L. 60 pr. de cond. indeb. (XII, 6). Confírmase lo dicho por una circunstancia en que no se fija ordinariamente la atencion: me refiero á la forma en que aparecen enumeradas las diversas excepciones en el título de las instituciones, de exceptionibus (IV, 13). Los §§ 1 y 4, hablan de la *exc. metus*, *doli*, *pacti*, *juris jurandi*, y respecto de cada uno de ellos se ha tenido cuidado de observar que se deriva del *jus gentium* (*iniquum* est condemnari). Respecto de la *exc. rei judicatœ*, por el contrario, el § 5 no reproduce esta observacion, sino que dice simplemente: *debes* per exc. r. j. *adjuvare*. Por lo demás, esta cuestion ha sido siempre muy controvertida, y el último autor que la ha tratado, Pfordten, en el Archiv., t. XXIV, p. 108 y sig. (1841) se declara contra mi opinion.

(*d*) L. 8, § 1, ratam rem (XLVI, 8): «quia naturale debitum manet.» En este caso el derecho de prenda principalmente continúa subsistiendo (§ 250, *v*). Véase Keller, Litis contestatio, § 158.

(*e*) L. 5, § 1, de cond. ind. (XII, 6): «...Sin autem evidens calumnia detegitur, et transactio imperfecta est, (*et*) *repetitio dabitur*.» L. 7, L. 8, de cond. ab turp. (XII, 5).

(*f*) Véase t. I, § 14, p. 48, § 41.; t. II, apéndice VIII, número VIII p. 399 y 400.

rente autenticidad, la regla que acabo de exponer, vamos á sentar otra que estimo realmente fundada. *Naturalis obligatio* es, en general, la obligacion fundada en el *jus gentium* (*g*); debemos, pues, por vía de consecuencia, admitir que las excepciones basadas únicamente en el *jus civile* de los romanos dejan subsistir la *naturalis obligatio*, y que las excepciones que se derivan del *jus gentium* entrañan la extincion de la *naturalis obligatio.*

Formulada así, la distincion se encuentra efectivamente confirmada, casi sin excepcion, por aplicaciones particulares incontestables.

Las excepciones que siguen, fundadas únicamente en el derecho positivo, dejan subsistir la *naturalis obligatio*; de modo que, hecho el pago por error, no es admisible la *condictio indebiti* (solutum non repelitur).

Sc. Macedoniani (nota *b*).

Rei judicatæ (nota *c*).

Como represalias contra un *jus iniquum (h).*

Por consecuencia del *beneficium competentiæ* (*i*).

Por consecuencia de la consumacion del procedimiento (nota *d*).

Por el contrario, las excepciones siguientes, fundadas en el *jus gentium*, no dejan subsistir ninguna *naturalis obligatio*, así es que en estos casos las sumas pagadas por error se sujetan á repeticion.

Exc. pacti (*k*).

Doli (nota *e*).

Juris jurandi (*l*).

La única desviacion de este principio se encuentra en la exceptio *Sc. Vellejani* que tiene un orígen enteramente positivo y sin embargo, destruye la *naturalis obligatio* (nota *b*).

Pero aquí, para asegurar á las mujeres una proteccion eficaz se sacrificaba la analogía del derecho, intencion que resulta claramente de los términos mismos del senado con-

---

(*g*) L. 84, § 1, de R. J. (L. 17): «Is natura debet, quem jure eniumtg dare oportet, cujus fidem secuti sumus.

(*h*) L. 3. § 7, quod quisque juris: «Superesse enim naturalem causam quæ inhibet repetitionem.»

(*i*) L. 8, 9, de cond. indeb. (XII, 6).

(*k*) L. 34, § 11, de Solut. (XLVI, 3). L. 32, § 1, L. 40. § 2, De cond. ind. (XII, 6).

(*l*) L. 43, de cond. ind. (XII, 6).

sulto (*m*). Esta excepcion aislada, hecha voluntariamente y con un fin especial, no introduce, pues, duda alguna sobre la verdad de la regla.

Una vez fijado este principio, la *temporalis exceptio* no ofrece ya dificultad alguna. Pertenece al derecho positivo y no al *jus gentium*, y por tanto, debe dejar subsistir la *naturalis obligatio*. La analogía con la antigua consumacion del procedimiento (nota *d*) confirma directamente esta doctrina. Hubiera sido, en efecto, contrariar arbitrariamente la naturaleza de las cosas asignar resultados prácticos diferentes á dos instituciones que tienen entre sí tan gran afinidad (*n*).

Algunas consideraciones generales justifican tambien, aunque más lejanamente, la doctrina que aquí defiendo respecto á los efectos de la prescripcion.

Todos reconocen que la *naturalis obligatio* originaria es absolutamente imprescriptible (§ 248). Luego sería por demás injusto colocar al acreedor, cuya accion hubiese prescrito, en una posicion más desfavorable que el acreedor que no hubiera tenido nunca accion. El único medio de evitar esta inconsecuencia consiste en hacer sobrevivir la *naturalis obligatio* á la prescripcion cumplida (*o*).

Además, la prescripcion de las acciones *in rem* no despoja enteramente al titular del derecho, sino que únicamente le priva de la proteccion de la accion, dejándole esperanzas, á la verdad muy eventuales é inciertas: nada más justo, pues, que colocar en la misma posicion al acreedor cuya accion personal haya prescrito.

Estas consideraciones sirven tambien para mostrar que los adversarios dan á la deduccion de sus principios un rigor exajerado. Evidentemente, es preciso reconocer con ellos que la prescripcion tiene por objeto hacer inatacable la situacion que ha subsistido durante un cierto espacio de tiempo; pero basta para ello que estorbe la causa más peligrosa

---

(*m*) L. 2, § 1, ad Sc. Vell. (XVI, 1). Despues de haber negado la accion en los mismos términos que el Sc. Macedoniano (§ 248, *m*) se añade especialmente: «cum eas... ejus generis obligationibus obstringi *non sit æquum*.»

(*n*) Francke, p. 74, 78, ha hecho resaltar la importancia de esta analogía.

(*o*) Göschen, § 154, emplea este argumento.

de turbacion de dicho estado, á saber, el derecho de accion. Así como para las *naturales obligationes* originarias y para las acciones *in rem* queda siempre un gérmen eventual de discusion, aún despues de trascurrido un largo espacio de tiempo, pueden las obligaciones civiles, sin contrariar el objeto de la prescripcion, permanecer en una situacion semejante.

Tratan mis adversarios de dejar sentado, de una artificial manera, el efecto más poderoso de la prescripcion, fundándose en un texto de Ulpiano (*p*). Sábese que la *actio doli*, á causa de entrañar la infamia del condenado, sólo se admite cuando el demandante carece de otro medio ménos ríguroso para obtener satisfaccion. Esta accion, por tanto, es excluida por cualquiera otra accion ó excepcion que conduzca al mismo fin. Así, contra la estipulacion resultante de un fraude no se da desde luego la *doli actio*, puesto que la *doli exceptio* proteje suficientemente al engañado contra la accion que pudiera intentar el autor del fraude (*q*). Y si, encontrándose protegido por otra accion, la deja perecer, se le rehusa la *doli actio*, á causa de que por su propia culpa se encuentra sin proteccion (*r*). Sólo conserva la *doli actio* cuando proviene del fraude de su adversario el cumplimien-

---

(*p*) L. 1, § 4. 6, de dolo (IV, 3,). Heimbach, p. 440, 442. Se citan tambien en apoyo de una y otra opinion un gran número de textos, pero que, en realidad, no prueban nada y á los cuales se concede poca importancia: no digo ahora nada de ellos con el fin de no distraer la atencion de los puntos principales que son: la L. 19, pr., de neg. gestis (III, 5), la L. 24, de m. c. don. (XXXIV. 6) (que ciertamente no tiene relacion alguna con la prescripcion de las acciones). y las L. 5, 6, C. de except. (XVIII, 36). Hablaré más adelante (§ 255), con motivo de la prescripcion de las excepciones. de estos dos últimos textos y de la importante ley 5, § 6. de doli exc. (XLIV, 4), que Guyet, p. 78 y sig., considera equivocadamente, como decision en favor de su opinion.

(*q*) L. 1, § 4. de dolo (IV. 3): «... si interdictum sit. quo quis experiri, *vel exceptio, qua se tueri possit*, cessare hoc edictum.» Sin duda se tuvo aquí en cuenta la *doli exceptio*; pero tambien muchas otras excepciones que pueden prestar el mismo servicio, y aún con más facilidad, cuando no hacen necesaria la prueba del fraude. Así. por ejemplo, la mujer que fraudulentamente ha sido movida á garantizar á otra persona. no tiene necesidad de la *actio* ni de la *exceptio doli*, puesto que independientemente de toda prueba. la *exc. Sc. Vellejani* la protege suficientemente. Las *exc. Sc. Macedoniani*, *L. Cinciæ L. Plætoriæ*, *rei judicatæ*, etc. pueden ofrecer un resultado semejante.

(*r*) L. 1. § 6. de dolo, (IV, 3): «...et si alia actio tempore finita sit, hanc competere non debere: sibi imputaturo eo, qui agere supersedit.»

to de la prescripcion (§ 245, *i*), porque entónces debe imputar la pérdida de la accion á este fraude y no á su negligencia (*s*). Dicho lo anterior, viene la argumentacion de los adversarios de mi doctrina. Si á la accion prescrita sobreviniere una *naturalis obligatio*, la cual motiva siempre una excepcion (*t*), el perjudicado por el fraude se encontraría protegido por esta excepcion, y por consiguiente, no se le concedería la *doli actio*; luego, una vez que se le concede esta accion, resulta evidente que la prescripcion no deja subsistir dicha excepcion, ni la *naturalis obligatio*.

Esta argumentacion descansa en la confusion más completa de ideas. Cuando el pretor rehusa la *doli actio* por concurso de una excepcion, entiende una excepcion realmente eficaz «qua se tueri possi», como son las excepciones arriba mencionadas (nota *q*). Las excepciones que pueden ser eventualmente invocadas como resultado de una *naturalis obligatio* no tienen este carácter. Así, pues, cuando un acreedor ha dejado cumplir la prescripcion, á consecuencia de manejos fraudulentos de su deudor, aunque como pretendo, continúe subsistiendo la *naturalis obligatio*, no podría rehusarle el pretor la *doli actio*, bajo pretexto de una compensacion eventual, ó de un pago que su deudor pudiera hacerle por error, y sin derecho entónces á la *condictio indebiti*. El pretor debía, en semejantes circunstancias, conceder la *doli actio*, por más que la *obligatio naturalis* sobreviviere á la prescripcion cumplida.

§ CCL.—*Extincion del derecho de accion.*—III. *Prescripcion.—Sus efectos.* (Continuacion.)

Hasta el presente, sólo he expuesto algunas considera-

(*s*) L. 1, § 6, de dolo (IV, 3). Inmediatamente despues de las palabras citadas en la nota *r*: «nisi *in hoc* quoque dolus malus admissus sit, *ut tempus exiret*.»

(*t*) Esto es verdad en el sentido de que *algunas* consecuencias positivas de la *naturalis obligatio*, como la compensacion, por ejemplo, dan lugar á excepciones. La afirmacion referida no se dice expresamente de la *naturalis obligatio* en general, sino de la *nuda pactio*, lo cual, explica ya el sentido verdadero de la regla, porque *pactio* ó *pactum* designa especialmente un contrato de remision, cuya eficacia incompleta se muestra por la excepcion concedida al deudor contra la accion del acreedor. L. 7, § 4, de pactis (II, 14). «Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.

ciones generales sobre la duracion de la *naturalis obligatio*; voy ahora á examinar sus diversos efectos, donde encontraremos, no solamente los puntos más importantes para la práctica, sino tambien la solucion definitiva de la cuestion.

Hé aquí cuáles son, en general, los efectos positivos de la *naturalis obligatio* (*a*):

Solutum non repetere, es decir, la exclusion de la *condictio indebiti* en el caso de un pago hecho por error.

Compensacion.

Novacion.

Caucion.

Constitutum.

Derecho de prenda.

Entre estos efectos, los cuatro primeros pueden referirse á la idea general de los pactos accesorios de una obligacion.

De antemano debo observar aquí que la interpretacion de vários textos relativos á este asunto es incierta, á causa de la frase *tempore liberari*, equívoca en sí misma, porque además de la prescripcion de las acciones, puede designar la prescripcion del procedimiento y la liberacion de varias cauciones, ordenada por una ley *Furia*, cuando pasaban dos años desde su constitucion (*b*). Además, para nosotros es doblemente difícil penetrar el verdadero sentido de los textos en que se encuentra, porque de las tres instituciones que acabo de enumerar, las dos últimas no existen en el derecho Justinianeo, de modo que los testigos que á ellos se refieren en las obras originales pueden haber sufrido interpolaciones que no estamos en situacion de apreciar.

(*a*) Su carácter distintivo, si se compara con la *civilis obligatio* es puramente negativo: la ausencia de accion; no he de ocuparme en este lugar de semejante carácter.

No voy á tratar en el mismo órden expuesto de los diferentes efectos que acabo de enumerar; examinaré primeramente los que tienen más importancia en la vida real, ó que, por haber sido objeto de decisiones numerosas en las fuentes del derecho, nos ofrecen mayor instruccion.

(*b*) Gayo, III, § 121. Esta extincion de la obligacion del *sponsor* y del *fidepromissor*, en virtud de un decreto del pueblo, se verificaba evidentemente *ipso jure*, porque no aparece mencionada ninguna excepcion á ella referente. Dicha extincion anulaba, no solamente la accion, sino tambien la sustancia del derecho mismo, por lo cual difiere de la prescripcion en su naturaleza y efectos.

Los partidarios del efecto más poderoso deben, siendo consecuentes con su doctrina, negar la posibilidad de estas diversas relaciones de derecho, despues de cumplida la prescripcion; sus adversarios deben admitir esta posibilidad *(c)*.

I. Derecho de prenda.

Este efecto de la simple *naturalis obligatio* es el más importante de todos, á causa de que en la mayor parte de los casos es absoluta su influencia y no depende de circunstancias accidentales.

Por otra parte, la posibilidad de este derecho, cuando existe, tiene una doble aplicacion. Desde luego, puede ser constituida una nueva prenda en garantía de una deuda cuya accion haya prescrito; además, la prenda constituida anteriormente conserva su eficacia, á pesar de la prescripcion de la accion personal. La primera aplicacion es rara y ofrece tan poco interés que las fuentes del derecho no hacen mencion de ella. La segunda, por el contrario, es muy frecuente y de la más alta importancia, pudiendo asimismo decirse que en ella se concentra todo el interés de la cuestion que nos ocupa, y que encierra su solucion.

Con arreglo á los principios generales, no puede comenzar un derecho de prenda, sino cuando existe una obligacion real y válida, ora sea *civilis*, ora *naturalis* *(d)*. Este derecho no puede subsistir sino en tanto que la obligacion misma subsiste tambien; pero la persistencia del elemento puramente natural de la obligacion, basta para la conservacion del derecho de prenda *(e)*. De aquí se desprenden las dos reglas siguientes: cuando á la prescripcion de la accion sobrevive una *naturalis obligatio* debe continuar subsistiendo el derecho de prenda; y recíprocamente, si el derecho de prenda sobrevive á la prescripcion de la accion, debe concluirse que existe una *naturalis obligatio*, sin la cual el

---

(c) Así sucede generalmente; los dos partidos arriba designados (§ 248, *n.*) se encuentran divididos sobre este punto, salvo algunas pequeñas inconsecuencias de que tendré ocasion de hablar.

(d) L. 5. de pign. (XX, 1): «Res hypothecæ dari posse sciendum est pro quacunque obligatione... et vel pro civili obligatione, vel honoraria, *vel tantum naturali...*»

(e) L. 14, § 1, de pign. (XX, 1): «Ex quibus casibus naturalis obligatio consistit, *pignus perseverare consistit.*»

derecho de prenda no podría subsistir. Antes de suministrar la prueba de que el derecho de prenda sobrevive realmente á la obligacion, voy á examinar algunas instituciones análogas; este exámen confirmará y hará resaltar mejor las reglas que acabo de exponer.

Cuando una obligacion se extingue *per exceptionem*, pero de manera que la *naturalis obligatio* quede al mismo tiempo destruida, cesa siempre de subsistir el derecho de prenda, que es lo que acontece por consecuencia de la *exc. pacti* y *jurisjurandi* (*f*). Por el contrario, cuando la *naturalis obligatio* sobreviene á la obligacion extinguida *per exceptionem*, continúa subsistiendo el derecho de prenda; como sucede en el caso de la *exc. rei judicatæ*, despues de una injusta absolucion de la demanda (§ 249, *c*). Este importante principio se encuentra confirmado por la decision dictada en el caso siguiente. Un deudor mata ó mutila á un esclavo que había dado en prenda, aniquilando de este modo ó disminuyendo el valor afectado á la seguridad del crédito; en tal caso tiene el acreedor contra su deudor la *actio* L. *Aquiliæ*. Frecuentemente no ofrece esta accion interés alguno, porque el acreedor puede obtener la misma suma en virtud de la accion del contrato, no causándole, por tanto, la muerte del esclavo ningun perjuicio. La decision enunciada sólo tiene importancia práctica cuando la accion resultante del contrato se pierde por una sentencia injusta ó por un vicio de forma (*g*). Resulta, pues, de este texto, que aunque el deudor sea absuelto de la demanda, no por eso deja de subsistir el derecho de prenda.

(*f*) L. 11, § 2, de pign. act. (XIII, 7), L. 13, quib. modis pign. (XX, 6), L. 40, de jurej. (XII, 2). V. § 249, *k. l.*

(*g*) L. 27, de pign. (XX, 1): «...Fingamus nullam crediti nomine actionem esse, quia forte causa ceciderat.» Suponiendo el derecho bien fundado, puede aplicarse aquí *causa cadere* á toda clase de pérdida de pleito, ora sea que resulte de la injusta absolucion de la demanda, ora del *plus petere* que entraña tambien la desestimacion de la demanda. La opinion contraria, es decir, la liberacion de la prenda cuando el acreedor sucumbe en su accion, se encuentra declarada, segun la mayor parte de los autores, por el texto siguiente. L. 13, quib. modis. pig. (XX, 6): «...Si a judice, quamvis per injuriam, absolutus sit debitor, *tamen pignus liberatur*.» Pero *liberare* designa no solamente el *ipso jure*, sino tambien el *per exceptionem* (§ 249, *a*). Cuando el acreedor sucumbe en su accion, adquiere el deudor incontestablemente la *exc. rei judicatæ* contra la accion hipotecaria, pues para ejercitar esta accion es preciso

Vuelvo ahora á la cuestion principal: ¿continúa subsistiendo el derecho de prenda despues que ha prescrito la accion resultante de la deuda? Es evidente la contestacion afirmativa, con arreglo al testimonio de varios textos, y más ciertamente todavía, segun las reglas respectivas á la prescripcion especial de la accion hipotecaria, reglas que nadie ha puesto en duda. Despues que se estableció la prescripcion de treinta años para todas las acciones nacidas de créditos, la accion hipotecaria contra el deudor y sus herederos fué todavía largo tiempo absolutamente imprescriptible; luego se sometió á una prescripcion, pero á una prescripcion de cuarenta años (§ 238). Así, pues, en derecho actual, despues que ha prescrito la accion que resulta de la deuda, subsiste todavía durante diez años el derecho de prenda; y subsiste con todos sus efectos, puesto que el acreedor puede ejercitar su accion contra el deudor poseedor de la prenda, accion que implica, por sí misma, como consecuencia necesaria el derecho de vender la cosa empeñada y de cobrarse con su precio.

Este argumento constituye, no solamente la prueba más decisiva que puede suministrarse en esta materia, sino tamqien el punto que decide la discusion y el objeto más importante para la práctica. Veamos como tratan los adversarios de refutarlo.

Alegan que esta prescripcion de cuarenta años es únicamente relativa á las prendas constituidas por deudas que, en su orígen, eran simples *naturales obligationes*, y por consiguiente, imprescriptibles *(h)*. No objetaré á esto, siguiendo á varios autores, que semejante prenda no produce ninguna accion, sino únicamente un derecho de retencion, cuando el acreedor se encuentra en posesion de la prenda *(i)*, porque estimo como falsa esta doctrina. Me concreta-

---

probar la existencia de la deuda (L. 10, C. de pign. act., IV, 21, L. 1, Ci si pign. conv., VIII, 33). Pero si la cosa empeñada cae en manos de un tercero que no la haya recibido del deudor á título de sucesion ni de venta, no puede este último invocar la *exc. rei judicatæ*, subsistiendo el derecho de prenda en toda su fuerza: la L. 13 citada, nada dice en contrario. La comparacion que del juramento induce esta ley no es, por tanto, verdadera, sino en cuanto á la posicion respectiva del acreedor ó del deudor.

(h) Heimbach, p. 457, 460.

(i) Weber. Naturliche Verbindlickeit, § 107, Glück, t. XIV, p. 43, t. XVIII, § 1.076. V. en el sentido contrario, Franke, p. 66, 80, 85.

ré á una observacion más concluyente. Las *naturales obligationes* son tan raras, ocupan un lugar tan secundario en las relaciones de la vida real, que no es creible hayan sido nunca objeto de una legislacion tan extensa y detallada como la relativa á la accion hipotecaria. Y aunque algun emperador se hubiese complacido en regular sutilezas tan poco prácticas, hubiera, al ménos, designado claramente el objeto especial de su capricho, y en las leyes sobre prescripcion no se encuentra nada que pueda parecerse á una designacion semejante. Las palabras de estas leyes son tan absolutas que indican la generalidad de su aplicacion; y por tanto, que se sometían á ella tambien, contra la intencion formal atribuida aqui al legislador, las prendas constituidas respecto de las obligaciones civiles.

Se ha tratado de refutar nuestro argumento diciendo que estas leyes sobre la prescripcion suponen una accion nacida de un crédito, la prescripcion de la cual se ha interrumpido, ora por la constitucion de un nuevo título, ora por el ejercicio de la accion *(k)*. Estas dos suposiciones son igualmente inadmisibles, porque el nuevo título, no solamente interrumpe la prescripcion de la accion personal, sino tambien la prescripcion de la accion hipotecaria *(l)*; y esto mismo es aplicable al ejercicio de la accion, que, de igual modo, interrumpe ámbas prescripciones *(m)*.

Otros, con más apariencia de razon, reconocen que el derecho de prenda sobrevive á la prescripcion de la accion, que es el punto esencial para la práctica; pero niegan que la *naturalis obligatio* continúe subsistiendo *(n)*: su razonamiento es el siguiente. En varios otros casos, dicen, el derecho de prenda continúa subsistiendo, contra los principios generales; pero solamente con arreglo á la letra del edicto

---

(*k*) Donelo. lib. XVI, c. 26, § 8 y 10, y Comm. in Codicem in L. 2, C. de luit., p. 372.

(*l*) L. 7, § 5, de præscr., XXX (VII, 39), Kierulff, p. 214, trata de confirmar esta interpretacion, suponiendo que el nuevo acto contradice formalmente el derecho de prenda. Pero no es creible que una legislacion tan importante sobre la prescripcion de las acciones hipotecarias se hubiese hecho en vista de un caso tan complicado, y que quizás no se haya presentado nunca. En este punto se aplica, y con mayor razon aún, todo lo que he dicho contra Heimbach (nota *h*).

(*m*) L. 3. C. de ann. except. (VII. 40).

(*n*) Bachof. p. 40. 61.

Serviano, nisi solutum vel satisfactum sit; por consiguiente, la accion hipotecaria debe subsistir en tanto que el acreedor no haya sido pagado ó no haya consentido la pérdida de la accion. Y como, despues de prescrita la accion no se puede hacer valer ninguna de estas dos circunstancias, con arreglo á la letra de este edicto, subsiste la accion hipotecaria, *aunque* no haya deuda ni aún *naturalis obligatio*.

Hé aquí cómo se contesta á este argumento. Evidentemente hay casos en que se recurre á esta interpretacion un poco sútil. Pero siempre que se invoca de este modo la letra del derecho civil es con el fin de proteger una *æquitas* evidente. En semejantes circunstancias se pueden emplear medios jurídicos extraordinarios, como por ejemplo, la restitucion; y para dispensarse de recurrir á tal expediente, los antiguos jurisconsultos dan entónces al edicto dicha interpretacion sútil, de la cual se sirven para evitar los efectos de la confusion *(o)*; en el caso del *Sc. Vellejanum (p)*; y por último, en el del acreedor que asegurado con una prenda, es instituido heredero por su deudor, pero con la obligacion de restituir la sucesion entera á título de fideicomiso. En rigor, la deuda y el derecho de prenda quedan extinguidos por confusion, pero indudablemente contra lo que dispone la *æquitas*, porque en la intencion de la ley sobre los fideicomisos, no debe, en semejante caso, soportar el heredero todas las consecuencias de su institucion. La letra del edicto sirve, pues, para mantener la accion hipotecaria;

(*o*) L. 30, § 1, de exc. rei jud. (XLIV, 2): «...In proposita autem quæstione magis me movet, numquid pignoris jus exstinctum sit dominio adquisito: neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore. *Actio tamen pignoraticia competit: verum est enim, et pignori datum, et satisfactum non esse...*» Aquí *æquitas* significa que sería contrario á la naturaleza que un acreedor hipotecario, despues de haber adquirido un derecho nuevo, la propiedad, se encontrase *deterioris condictionis* respecto del acreedor hipotecario posterior, perdiendo las ventajas de la prioridad.

(*p*) L. 13, § 1, ad Sc. Vell. (XVI, 1): «De pignoribus prioris creditoris non est creditori nova actione opus: cum quasi Serviana, quæ et hypothecaria vocatur, in his utilis sit, quia *verum est, convenisse de pignoribus, nec solutam esse pecuniam.*» Cuando una mujer se obliga por otro es protegida por la exc. *Sc. Vellejani*; pero el acreedor tiene contra el antiguo deudor una *actio restitutoria* (L. 1, § 2, L. 8, § 11, 12, 13, eod.) Este recurso artificial, dice nuestro texto, no es necesario para la accion hipotecaria, porque la aplicacion parcial del edicto es bastante; de otro modo no sería rehusada la restitucion.

pero expresamente se declara tambien la persistencia de la *naturalis obligatio*, puesto que sin obligacion principal no puede existir el derecho de prenda (*q*).

Si comparamos ahora este caso con el de la prescripcion cumplida, notaremos que es de muy diferente naturaleza. Nuestros adversarios pretenden que la prescripcion extingue tambien la *naturalis obligatio*, lo cual significa que esta extincion no solamente atiende al interés general, sino que se encuentra conforme con el *jus gentium* y la *æquitas*. Pero, entónces, ¿por qué invocar la letra del edicto contra la realizacion completa de esta *æquitas*, principio enteramente admisible, cuando se trata de eludir una sutileza del derecho civil? Hubiera sido más natural en este caso dejar libre la accion de la *æquitas* y no impedir de manera alguna la extincion completa de la deuda y del derecho de prenda. Si, pues, nuestros adversarios no han logrado el éxito que se proponían, es preciso volver al principio anteriormente sentado: la duracion de la accion hipotecaria, despues de cumplida la prescripcion, prueba incontestablemente la subsistencia de la *naturalis obligatio*.

Paso, ahora, al exámen de los textos particulares relativos á nuestra cuestion; observando, de antemano, que ninguno de ellos nos suministra una prueba tan concluyente y decisiva como la relacion general que acabo de desenvolver.

Un rescripto del emperador Gordiano se encuentra así concebido (*r*): «Intelligere debes, vincula pignoris durare personali actione submota.»

(*q*) L. 59, pr., ad Sc. Treb. (XXXV, 1): «...et hic Serviana actio tenebit: *Verum est enim, non esse solutam pecuniam...* Igitur non tantum retentio, sed etiam petitio pignoris nomine competit, *et solutum non repetetur. Remanet ergo propter pignus naturalis obligatio.*» Con arreglo á las palabras *propter* pignus, no debería creerse que una deuda sin hipoteca dejara subsistir ninguna *naturalis obligatio*, ó que esta accion tuviera otro efecto que el mantenimiento de la hipoteca. La extincion de la obligacion en virtud de la confusion descansa en el rigor del derecho civil y, por consiguiente, no tiene influencia alguna sobre la parte natural de la obligacion. Büchel (nota *n*) ha buscado en este texto el principal argumento en apoyo de su opinion. Franke, p. 86-107, ha explicado satisfactoriamente este texto; y en la p. 103 observa, con razon, que las palabras del edicto (nisi solutum) se encontraban indudablemente insertadas en la *intentio* de la accion hipotecaria. Esta aplicacion literal tiene así una relacion práctica con la conducta trazada al *arbiter* que debía decidir sobre el contenido de la *intentio*.

(*r*) L. 2, C. de luitione (VIII, 31).

No dudo que este texto se refiera principalmente á la prescripcion de las acciones (*s*); mas puede referirse igualmente á la prescripcion del procedimiento ó consumacion de la accion, en vista de lo cual no podemos invocarlo como una prueba cierta en apoyo de nuestra doctrina. Existe todavia un motivo más grave y es que el principio no es literalmente verdadero. *Actio submota* designa la simple extincion del derecho de accion, por consecuencia de una excepcion. Así, pues, cuando una estipulacion se destruye por un simple pacto, hay *actio submota*; pero *vincula pignoris non durant* (nota *f*). En su consecuencia, con arreglo á una frascología de que hay vários ejemplos, el rescripto quiere decir únicamente: el derecho de prenda puede subsistir á pesar de la *actio submota* (*t*), ó tambien: la *actio submota* no tiene siempre por consecuencia necesaria la extincion del derecho de prenda (*u*).

Paulo dice que cuando un esclavo dado en prenda es muerto por un indivíduo, el acreedor, independientemente del propietario, puede ejercitar la accion aquiliana, si la muerte del esclavo compromete sus interéses, es decir, en los dos casos siguientes: cuando el deudor es insolvente, ó bien, «quod litem tempore amisit» (*v*). Aquí se reconoce expresamente que la prescripcion de la accion no destruye el derecho de prenda. Pero este texto no es decisivo, porque se ignora si Paulo se referia á la prescripcion de la accion ó á la antigua prescripcion del procedimiento; creo, sin embargo, que esta decision es igualmente aplicable á uno y á otro caso (§ 249, *d*).

Pomponio refiere el siguiente caso. Diez dias ántes del cumplimiento de la prescripcion de una accion nacida de un crédito, se obliga un menor respecto al deudor, y despues se hace restituir contra este acto. El acreedor debe volver en-

---

(*s*) En este sentido se emplea efectivamente la frase *submovere actionem*, L. 21, de evict. (VIII, 45). Véase Averanio, II, 12, § 20.

(*t*) Así, durare, está tomado por durare *posse*.

(*u*) Creo que los dos partidos atribuyen á este texto una importancia exagerada. Donelo (nota *k*) cree insostenible su opinion, si no se corrige de un modo violento, *non durare*, en vez de durare. Tampoco se explica este texto, comparándolo con la L. 1, eod. Véase Cuyacio, Obser., V, 32, y sobre este texto en general, Franke, p. 78-80.

(*v*) L. 30, § 1, ad L. Aquil. (IX, 2),

tónces completamente á la misma posicion en que ántes se encontraba. De modo que, en primer lugar, debe tener todavía diez dias para ejercitar su accion; en segundo lugar, la prenda constituida por el primer deudor se convieren válida, y válida para siempre (*x*).

§ CCLI. *Extincion del derecho de accion. III. Prescripcion. Sus efectos.* (Continuacion).

II. Caucion.

Presséntanse aquí las mismas dos cuestiones que respecto del derecho de prenda (§ 250): validez de la caucion suministrada depues de la prescripcion de la accion que resulta de la deuda; duracion de la caucion prestada ántes del cumplimiento de la prescripcion, y pudiendose remontar la caucion dicha al orígen de la deuda principal. En este lugar, la segunda cuestion es la más importante. Segun la doctrina que he adoptado, debo admitir en ámbos casos la validez de la caucion; mis adversarios deben sostener la opinion contraria.

La indeterminacion ya señalada (§ 250) de la frase *tempore liberari*, es el principal obstáculo á la solucion de nuestra cuestion, porque ninguno de los textos que puedèn alegarse nos da ningun resultado cierto.

La siguiente decision de Paulo es la más importante; se refiere al primer caso, esto es, al de la caucion suministrada despues del cumplimiento de la prescripcion *(a):* Si quis, postquam tempore transacto liberatus est, fidejussorem dederit, fidejussor non tenetur: quoniam erroris fidejussio nulla est.

(*x*) L. 50, de minor. (IV, 4) «...Ideoque et pignus quod dederat prior debitor, manet obligatum.» En efecto, la aceptacion de la deuda por el menor extingue completamente, como cualquiera otra novacion, el derecho de prenda (L. 18, de nov., XLV, 2), y sólo se restablece por consecuencia de la restitucion. Encontrándose aquí reconocido sin restriccion alguna este restablecimiento, se desprende que el plazo de diez dias influye sobre la deuda y no sobre la prenda. Por lo demás, este texto se refiere más evidentemente que otros á la prescripcion de las acciones: «...qui *temporali actione* tenebatur tunc, cum adhuc supererant decem dies...» No se hablaría nunca en estos términos de la prescripcion del procedimiento·

(*a*) L. 37, de fidej. (XLVI, 1).

Este texto puede muy bien aplicarse á la prescripcion de las acciones, y bajo el punto de vista que he adoptado, se interpreta de la manera más sencilla. Un deudor, libre ya por la prescripcion, presta una caucion; el fiador queda obligado (*ipso jure*); pero como aprovecha de las excepciones del deudor principal (*b*), se encuentra libre por la *temporis præscriptio* (NON TENETUR, es decir, *cum effectus*). Sin embargo, es preciso suponer que el fiador ignorase la prescripcion, porque si la hubiera conocido, su compromiso hubiera tenido precisamente por objeto garantizar al acreedor contra la prescripcion, en cuyo caso, la *temporis præscriptio* sería rechazada por una *doli replicatio*. Sin las últimas palabras, este texto podría explicarse de igual modo por la doctrina de mis adversarios; entónces el *non tenetur* significaría *ipso jure non tenetur*, puesto que no existiría ya la *naturalis obligatio*. Pero dichas palabras rechazan esta interpretacion, una vez que en esta hipótesis no tendría el error influencia alguna (*c*). Pudiendo aplicarse este texto á la prescripcion del procedimiento, de igual manera que á la prescripcion de las acciones, no resuelve la cuestion. Por otra parte, no se aplica ciertamente á la ley *Furia*, porque en este caso no tiene influencia el error (*d*).

Véase un texto de Scevola que no está en oposicion con mi doctrina; pero que, por lo demás, no hace una mencion expresa de la prescripcion (*e*): Ubicumque reus ita liberatur a creditore, ut natura debitum maneat, *teneri fidejussorem respondit*, cum vero genere novationis transeat obligatio, fidejussorem aut jure, aut exceptione liberandum.

Efectivamente, en tanto que subsiste la *naturalis obligatio*, el fiador continúa obligado *ipso jure* (teneri respondit). Pero esto no impide en manera alguna que se liberte algunas veces *per exceptionem*, como, en mi sentir, acontece en

---

(*b*) L. 7, pr., § 1, de exc. (XLIV, 1). Vease § 227.

(*c*) Por igual motivo no puedo admitir que este texto se refiera á un contrato hecho para un tiempo limitado (Unterholzner II, p. 113), porque espirado este tiempo se convierte en una *inanis obligatio*, y la caucion despues prestada es nula, independientemente del error.

(*d*) Suponiendo que un *sponsor* ó *fidepromissor* hubiese puesto un fidejussor, despues de la espiracion de los dos años fijados por la ley Furia.

(*e*) L. 60 de fidej. (XLVI, 1). He citado ya este texto, § 249, respecto de otra cuestion.

el caso de la prescripcion de la accion *(f)*, ni que la excepcion le aproveche si tiene una naturaleza puramente individual, como, por ejemplo, en el caso del *beneficium competentiæ* (*g*). Este texto no es claro por encontrarse aislado. Entre los dos casos mencionados falta un tercero intermedio, á saber: el caso en que la liberacion se verifica *per exceptionem*; pero en que no existe la *naturalis obligatio*; entónces el fiador queda ciertamente libre, como cuando la deuda resultante de una extipulacion se extingue por un pacto.

En cuanto á los otros textos que se acostumbra á citar, bástame decir que no se refieren ciertamente á la prescripcion de las acciones (*h*).

III. Constitutum.

La validez del *constitutum* presenta, como el derecho de prenda, dos cuestiones que resolver, segun que interviene despues ó ántes del cumplimiento de la prescripcion. En mi sentir, el *constitutum* es válido en ambos casos; pues en general, basta para ello que tenga por base una *naturalis obligatio* (*i*). Mis adversarios, si son consecuentes con su doctrina, deben negar en ambos casos su validez.

Ulpiano parece tratar estas cuestiones en el texto que voy á exponer, donde tambien se encuentra la frase *temporalis actio*, causa por la cual voy á tratar de aplicarlo,

---

(*f*) Aquí la voz *teneri* tiene diferente sentido en el texto precedente; pero como esta palabra tiene efectivamente dos acepciones, puede adoptarse una ú otra segun los casos.

(*g*) L. 38, § 4, de exc. (XLIV, 1).

(*h*) L. 38, § 4, de solut. (XLVI, 3). Esta ley no se refiere á la prescripcion de las acciones, sino á la prescripcion del procedimiento ó á la ley Furia. En efecto, Africano no podia pensar en la prescripcion de otras acciones que la de las pretorianas anuales: pero como éstas se encontraban sometidas al *utile tempus*, el tiempo de la ausencia se deducía *ipso jure*, no pudiendo, por tanto, dar lugar à la restitucion. miéntras que se aplicaba el *tempus continuum* á la prescripcion del procedimiento y á la ley Furia. V. t. III, § 190. L. 29, § 6, mand. (XVII, 1) L. 69, de fidej. (XLVI, 1). L, 71, § 1, de sol. (XLVI, 3). Estos tres textos hablan de un *fidejussor tempore liberatus* y no se les puede excepcionar aquí sino refiriéndolos á la liberacion del deudor principal, por consecuencia de la prescripcion de la accion: pero varias palabras de estos textos no concuerdan con esta hipótesis; no se les puede aplicar á la prescripcion de la accion contra el fiador, puesto que en tiempo de los antiguos jurisconsultos esta accion era imprescriptible. Antiguamente se aplicaban sin duda estos textos á la ley Furia, debiéndose su oscuridad á las interpolaciones.

(*i*) L. 1, § 7, de pec. const. (XIII, 5): «Debitum autem vel natura sufficit.»

desde luego, á la prescripcion (*k*). Para que el *constitutum* sea válido, es necesario, dice este jurisconsulto, que sea válida la obligacion que le sirve de base; pero basta que lo sea en el momento en que dicho *constitutum* se consiente. Si, pues, la obligacion no es válida hasta un cierto dia, y el *constitutum* tiene lugar ántes de la espiracion del plazo, conserva despues toda su eficacia. Aunque este *constitutum* colocase la fecha del pago en una época en que se hubiera extinguido la primera obligacion, la cláusula no por eso sería ménos válida. Aquí se detiene Ulpiano; pero esta decision implica evidentemente la no validez del *constitutum*, si en el momento en que es consentido, no existía ya la primera obligacion. Ahora bien, refiriendo este texto á la prescripcion en general, resulta que Ulpiano adoptaría, en esta especial aplicacion, parte de la doctrina que defiendo y parte de la que combato (*l*).

Sería éste ya un motivo para no referir el mencionado texto á la prescripcion de las acciones. Pero, además, se encuentran, en la segunda mitad del mismo, expresiones que un antiguo jurisconsulto no hubiera nunca empleado hablando de dicha prescripcion (*m*). Creo, pues, más bien que Ulpiano tuvo aquí en cuenta uno de los casos de la ley *Furia*. La oscuridad de este fragmento se debe á que los compiladores, al insertar un texto relativo á una institucion abolida, han tratado de disimular su sentido, por medio de interpolaciones, en vista de lo cual, han sustituido *temporali actione* y *temporalis actionis* á las palabras de que Ulpiano se servía para expresar ideas del todo diferentes.

IV. Compensacion.

(*k*) L. 18, § 1, de pec. const. (XIII, 5). Podría pretenderse asimilar este texto con el relativo á la caucion (nota *a*); pero la presencia de una caucion implica siempre dos deudores, miéntras que nuestro texto habla de un *constitutum debiti proprii*, es decir, de un deudor que confirma ó modifica su propia deuda, y no la deuda de otro. «Proinde temporali actione *obligatum constituendo...* teneri debere.» El *obligatus* es por tanto el que *constituye*.

(*l*) Uno de los partidarios de la opinion que combato admite aquí una excepcion, pues reconoce que el *constitutum*, convenido ántes del cumplimiento de la prescripcion, conserva despues su eficacia. Büchel, p. 72, 73.

(*m*) Lib. 18, cit.· «post tempus» y: «eo tempore constituit, quo erat obligatio.»

No tenemos sobre este asunto ninguna decision de los jurisconsultos antiguos; conviene distinguir, sin embargo, los siguientes casos.

Si debo una suma de dinero á un indivíduo, contra el cual tengo una accion, no prescrita todavía, para el pago de una suma igual, y esta prescripcion viene á cumplirse, es evidente que ámbos créditos se han extinguido *ipso jure*, y que, por tanto, no hay lugar á la prescripcion. Pero en los tiempos anteriores á Justiniano, cuando la compensacion se verificaba únicamente *per exceptionem*, la controversia sobre el efecto más ó ménos poderoso de la prescripcion, debía extenderse á esta aplicacion. Ahora bien; ¿cuál es el estado actual del derecho? ¿Es ó no necesario tomar á la letra la ley de Justiniano que declara que la compensacion se verifica *ipso jure*? Esta es una cuestion de que no tengo que ocuparme en este lugar.

Resta todavía otro caso, aquél en que he dejado prescribir mi accion y en que, por una causa sobrevenida posteriormente, me encuentro debiendo la misma suma á mi antiguo deudor. Las dos opiniones enunciadas se encuentran aquí frente á frente. Segun la doctrina que he adoptado, puedo oponer á la accion de mi adversario mi antiguo crédito á título de compensacion, porque dicho crédito subsiste siempre como *naturalis obligatio* y esto basta para motivar la compensacion (*n*); sin embargo, algunos de los que siguen esta misma doctrina no le han sido fieles en esta especial aplicacion, y admiten para este caso una excepcion á la regla (*o*). Mis adversarios, consecuentes consigo mismos, niegan la posibilidad de la compensacion.

V. Novacion.

La cuestion que aquí hay que resolver es más sencilla que la que se refiere á los casos precedentemente tratados.

(*n*) L. 6, de compens. (XVI, 2): «Etiam quod natura debetur, venit in compensationem.»

(*o*) Unterholzner, II, p. 314, 315. Invoca este autor la conveniencia que, si existiese en este caso, existiría igualmente para otras aplicaciones; invoca además la L. 14, de compens. (XVI, 2). «Quæcumque per exceptionem perimi possunt in compensationem non veniunt.» Creo que esta ley se encuentra limitada por la 6, eod. (nota *h*). Unterholzner admite la relacion inversa. V. en apoyo de mi opinion á Puchta, Lehrbuch, § 77, y Glück, t. XV, p. 64, 65, donde se citan gran número de autores en pró y en contra.

En efecto, si la novacion se ha verificado ántes del cumplimiento de la prescripcion, la antigua obligacion queda anulada, y no puede haber lugar á la prescripcion dicha.

Queda, pues, la cuestion de la eficacia de la novacion posterior á la prescripcion. No encontramos en las fuentes ninguna decision sobre este caso especial; debemos, pues aplicarle la regla general, pero con las modificaciones siguientes. Cuando, despues del cumplimiento de la prescripcion, el antiguo deudor verifica dicha novacion, sabiendo que la prescripcion se ha cumplido, pueden nuestros mismos adversarios admitir sin inconsecuencia la validez de la novacion, pues, evidentemente, ésta tiene entónces por objeto renunciar al beneficio que la prescripcion reportaba. Volveré más adelante sobre el carácter propio de semejante contrato. Otro tanto afirmo de la novacion hecha por un tercero con conocimiento de deudor, como ordinariamente sucede.

VI. Solutum non repetere.

La cuestíon es aquí tan sencilla como en el caso anterior. El pago hecho ántes del cumplimiento de la prescripcion, destruye por completo la deuda y hace imposible la continuacion de dicha prescripcion. Resta, pues, la cuestion de saber si el pago hecho por error, despues que la prescripcion se ha cumplido, da lugar á la *condictio indebiti.* Cada partido debe resolverla de una manera diferente, segun el punto de vista que haya adoptado; pero sobre este punto no tenemos ninguna decision cierta en las fuentes del derecho (*p*).

Para terminar, voy á resumir las disposiciones de los legisladores modernos sobre los efectos de la prescripcion.

El Código prusiano, reconoce en varios textos que la prescripcion destruye el derecho mismo y, por tanto, que

(*p*) La L. 25, § 1, ratam rem (XLVI, 8) decide el caso siguiente. Un *creditor tempore liberatus* paga ántes de este término y mediante caucion á un procurador no provisto de poder, y el acreedor ratifica despues el término. Esta ratificacion se declara evidentemente nula porque en la época en que ha intervenido estaba extinguida la deuda. Si existiera todavía una *naturalis obligatio,* la ratificacion hubiera sido válida respecto de esta obligacion. Pero no tenemos motivo alguno para referir este texto á la prescripcion. Este texto se explica de una manera satisfactoria refiriéndolo á un contrato á cierto término, ó tambien á la ley Furia, cuya mencion hubiera sido omitida por los compiladores. Así lo reconocen mis adversarios mismos. Heimbach, p. 449.

extingue las obligaciones *ipso jure (q)*. En realidad, no podia decidir otra cosa, porque no considera segun lo hizo el derecho romano la prescripcion de las acciones como una institucion especial, sino como un caso particular de la prescripcion general por el no uso (§246). Vemos la confirmacion de esta doctrina en una de las aplicaciones prácticas anteriormente mencionadas; pues el Código decide formalmente que un crédito prescrito no puede ser opuesto como compensacion *(r)*. Respecto al derecho de prenda, el Código decide, en su aplicacion más importante, que ninguno de los derechos inscritos en los registros de hipotecas puede prescribirse por la posesion ni por el no uso (*s*). Los dos párrafos en que, conforme á la doctrina de Rave, se considera la prescripcion como simple presuncion de la extincion de la obligacion, son textos heterogéneos que carecen de influencia sobre el asunto (§246).

El Código austriaco (*t*) y el Código francés (*u*) admiten igualmente la extincion completa del derecho prescrito. En Sajonia se ha declarado este principio por una ley especial del país *(v)*.

Puede preguntarse, ahora, cual de éstos dos sistemas es preferíble para el porvenir. Esta es una cuestion que no puedo aquí resolver de una manera satisfactoria. Si se considera la *naturalis obligatio*, reconocida por el derecho romano, como una institucion especial, la regla de este derecho sobre los efectos de la prescripcion de las acciones, me parece la única consecuente. Por el contrario, si se abandona este punto de vista, no hay inconveniente alguno en adoptar la regla simple y obsoluta de las legislaciones modernas. Por lo demás, la única aplicacion importante para la práctica es la que se refiere á la compensacion y al derecho de prenda, y, en cuanto á éste, solamente en el caso en que se continúe sometiendo la accion hipotecaria contra el

---

(*q*) A. L. R., I, 9, § 501. 502 (*pérdida* del derecho) § 564 (*extincion* del derecho), I, 16, § 7 (derechos extinguidos por la prescripcion).
(*r*) A. L. R., I, 16. § 377.
(*s*) A. L. R., I, 9, § 511.
(*t*) Oesterreich Gesetzbuch. § 1479. 1499 (*extincion* de los derechos).
(*u*) Código civil, art. 1234: «Las obligaciones *se extinguen*, ... por la prescripcion». Art. 2219: «La prescripcion es un medio de adquirir ó de *librarse*.....».
(*v*) Haubold, Sachsisches Privatrecht, § 276.

deudor á una prescripcion particular diferente de todas las otras.

§ CCLII. *Extincion del derecho de accion.* III. *Prescripcion. Excepciones.*

Existen casos excepcionales en que la prescripcion de las acciones, unas veces cesa por completo, y otras veces se encuentra sometida á diferentes reglas que las expuestas precedentemente.

I. Suspension de la prescripcion. Puede presentarse desde su orígen ó durante el curso de la prescripcion. En el primer caso, la prescripcion comienza más tarde, en el segundo, la prescripcion se interrumpe durante todo el tiempo que subsiste la causa de la suspension y continúa despues, como si no hubiera habido tal interrupcion.

Importa, pues, distinguir bien la suspension de la interrupcion que destruye completamente la prescripcion comenzada, sin que pueda nunca continuarse (§ 242-243). Hé aquí los casos de suspension.

A. Cuando el titular del derecho es poseedor de un *peculium adventitium* ó es impúbero ó menor, con la excepcion, para este último, de la prescripcion de treinta años (*a*).

B. Tratándose de prescripciones de un año ó de ménos de un año, cuando la accion no puede ser ejercitada, por consecuencia de un impedimento accidental (*b*).

C. En ciertos casos especiales en que una regla de derecho impide la accion sin destruir el derecho, que es lo que nuestros jurisconsultos expresan por el axioma, «agere non valenti non currit prœscriptio» (*c*). Los casos de esta especie son: la reivindicacion de los materiales de construccion, miéntras forman parte del edificio (*d*); la deuda cuya persecucion se suspende por un *moratorium* (*e*); las acciones re-

---

(*a*) Véase t. II, apéndice VIII, núm. XXVII, XXVIII.

(*b*) A causa del utile tempus. V. t. III, § 189, 190.

(*c*) Esta regla no es más que la consecuencia de la condicion fundamental exigida para el comienzo de la prescripcion: *actio nata*. V. Göschen, p. 439.

(*d*) § 29, J. de rer. div. (II, 1), L. 7, § 10, de aqu. rer. dom. (XLI, 1).

(*e*) L. 8, in f. C., qui bonis (VII, 71).

sultantes de una sucesion, durante la formacion del inventario y durante el plazo concedido para deliberar *(f)*.

II. Relaciones de derecho imprescriptibles en sí mismas. Toda prescripcion tiene por objeto únicamente fijar una situacion actual, como si fuera enteramente legítima, por ejemplo, una posesion, la abstencion del pago de una deuda etc. (*g*). Se supone posible la legitimidad de esta situacion inmutable, y frecuentemente no es dudosa esta posibilidad. Sin embargo, existen casos en que, por falta de la posibilidad dicha, se declara inadmisible la prescripcion de la accion.

Tales son, bajo un cierto aspecto, las acciones de particion. Contra la *actio communi dividundo* ó *familiœ erciscundœ* no hay prescripcion, cuyo efecto sería dejar la propiedad comun perpétuamente indivisa; contra la *actio finium regundorum* tampoco hay prescripcion que impida la fijacion de límites falsos é inciertos. Puede ser invocada, sin embargo, cuando en virtud de estas acciones se reclama una suma de dinero á título de saldo ó de indemnizacion, ó cuando se pide una porcion de terreno que exceda de la parte del demandado, pero que éste haya poseido durante treinta años (*h*).

De igual manera, cuando al interdicto *uti possidetis* opone el demandado, no una servidumbre sino una simple usurpacion de la propiedad, continuada durante treinta años, esta situacion ilegítima no puede ser protegida por la prescripcion (*i*).

III. Existen diversas acciones sometidas á prescripciones particulares; pero éstas encontrarán más apropiado lugar en la parte especial del tratado.

Voy solamente á enumerar aquí las acciones respecto á las cuales no existe ninguna prescripcion, observando, sin

---

(*f*) L. 22, § 11, C. de j. delib. (VI, 30).

(*g*) L. 4, C. de præscr., XXX (VII, 39): «sed quicunque super quolibet jure..... sit securus.....».

(*h*) A casos semejantes á estos se refieren las L. 1, §, 1, C. de ann. exc. (VII, 40), L. 6. C. fin. reg. (III, 30). Véase principalmente Rave, § 147-150. Thibaut, Verjährung, p. 123, 126. Göschen, I, p. 426, 429.

(*i*) Puede considerarse este caso bajo otro aspecto y obtener la misma solucion. Cada perturbacion de la posesion es un acto aislado, independiente de los actos anteriores, por lo cual, no da ocasion á una accion nueva referente á la posesion.

embargo, que, entre ellas, las unas son extrañas al derecho actual y que las relativas á los impuestos no son hoy de modo alguno imprescriptibles.

1. La accion para el pago de los impuestos (*k*).

2. La accion de una ciudad contra los decuriones que tratan de sustraerse á los deberes de su cargo (*l*).

3. La *vindicatio in libertatem*. Cuando el que pretende ser libre ha vivido hasta entónces en la esclavitud (*m*).

4. La reivindicacion de un colono por el propietario del suelo (*n*).

IV. Contrato.

Un contrato que excluya enteramente la prescripcion ó que la modifique en sus condiciones ó en sus efectos puede concebirse de dos maneras: ántes ó despues del cumplimiento de la prescripcion.

Semejante contrato otorgado ántes del cumplimiento de la prescripcion ó en el momento mismo en que se verifica el acto jurídico al cual pueda un dia referirse la prescripcion, me parece enteramente nulo. La prescripcion es *juris publici* en el sentido de que está fuera del arbitrio de las voluntades privadas (*o*) como lo están las reglas y las formas del procedimiento que tienen con ella gran analogía, y como lo está la propiedad, que no puede ser legítimamente, declarada inalienable por contrato (*p*). Esta opinion, sin embargo, es combatida por varios autores (*q*). Su principal argumento se funda en la siguiente disposicion del derecho romano. Cuando un adquirente se reserva la recision de la venta, á su voluntad, puede hacerlo por un tiempo ilimitado; pero si no ha fijado ninguna época, la reserva se considera hecha por sesenta dias (*r*). Mas este texto no prueba la asercion de mis adversarios, porque no habla de la prescripcion de las acciones; declara solamente la interpreta-

(*k*) L. 6, C. de præscr., XXX (VII, 39). V. § 238.
(*l*) L. 5, C. de præscr., XXX (VII, 39). V. § 238.
(*m*) L. 3, C. de longi temp. pr. quæ pro lib. (VII, 22), de igual manera cuando han trascurrido sesenta años.
(*n*) L. 23. pr., C. de agric. (XI, 47).
(*o*) L. 38. de pactis (II, 14), L. 45, § 1, de R. J. (L. 17).
(*p*) L. 61, de pactis (II, 14).
(*q*) Rave, § 167 es de mi opinion; Eichmann, en una nota sobre este texto, sostiene la opinion contraria de que participa Unterholzner, I, § 28.
(*r*) L. 31, § 22, de ædilt. ed. (XXI, 1).

cion de un contrato indeterminado, interpretacion que naturalmente es inutil ante la voluntad expresa de las partes (*s*).

Todos reconocen, por el contrario, que la prescripcion cumplida puede ser anulada por contrato, es decir, que se puede renunciar, en totalidad ó en parte, al beneficio que la misma procura. En efecto, aún aquéllos que pretenden que la prescripcion destruye la *naturalis obligatio* admiten, sin embargo, que la prescripcion obra *per exceptionem*; y es evidente que los actos jurídicos pueden modificar de todas maneras el derecho que resulta de una excepcion (§ 225).

El Código civil francés reproduce la regla del derecho romano tal como acabo de exponerla: no permite renunciar á la prescripcion, sino cuando ya haya cumplido (*t*). El Código austriaco hace otro tanto (*u*). El Código prusiano, independientemente de la renuncia á la prescripcion adquirida (*h*), permite tambien renunciar á una prescripcion futura, pero con restricciones enteramente particulares (*v*).

§ CCLIII. *Extincion del derecho de accion. III. Prescripcion.—Aplicacion á las excepciones.*

He expuesto completamente la teoría de la prescripcion de las acciones. Réstame, para terminar esta materia, examinar la cuestion de saber si la prescripcion se aplica tambien á las excepciones y puede aprovechar, por lo tanto al demandante. Como la prescripcion ejerce su influencia sobre las acciones por vía de *præscriptio* ó *exceptio*, la cuestion puede formularse en estos términos: ¿puede ser innvocada la prescripcion bajo la forma de una *temporis replicatio*?

Antes de abordar esta cuestion importante y muy controvertida, es preciso eliminar dos casos, cuya confusion ha aumentado singularmente la dificultad del problema.

(*s*) No podrá considerarse como prescripcion, por la razon sencilla de que no existe aquí *actio nata* derivada del contrato, como sucede en el caso de la cláusula accesoria de retroventa (§ 241).

(*t*) Código civil, articulos 2220-2222.

(*u*) Oesterreich. Geestzbuch, § 1502.

(*v*) A. L. R., I, 9. § 566, 567, 669. El contrato debe tener por objeto una cosa ó un derecho determinado; debe tambien. bajo pena de nulidad, ser publicado judicialmente, y, cuando se trate de un inmueble, ser inscrito en el registro de hipotecas.

Primero, hay casos en que la excepcion no puede ser obtenida sino por medio de una restitucion. Como en su orígen toda restitucion estaba circunscrita al plazo del *annus utilis* (despues cuatro años del calendario), se acostumbra decir que en estos casos la excepcion se encuentra sometida á una corta prescripcion. Hé aquí algunos ejemplos: Cuando un menor prestaba una *cautio*, necesitaba una restitucion para poder excepcionar á la accion resultante de la estipulacion *(a)*. El ausente despojado de su propiedad por la usucapion, tenía necesidad de la restitucion para ejercitar una *rescisoría in rem actio*; si por una circunstancia accidental había recobrado la posesion de la cosa, rechazaba la reivindicacion de su adversario por medio de una excepcion; mas ésta no dejaba de estar sometida á las condiciones y á las formas de la restitucion, y por consiguiente, tambien á la prescripcion corta; pues la usucapion había ocasionado realmente la pérdida de la propiedad *(b)*. No obstante, sólo considerando el asunto bajo un falso punto de vista, puede ser referida la prescripcion á la excepcion, la cual en realidad, únicamente se refiere á la restitucion. Pero ésta, ora sirva para obtener una accion, ó una excepcion, ó una *replicatio*, ó cualquiera otro derecho, como, por ejemplo, la aceptacion de una sucesion repudiada equivocadamente, ó la repudiacion de una sucesion imprudentemente aceptada, conserva siempre su naturaleza propia, á saber, la de una modificacion radical en el estado del derecho, fundada en motivos excepcionales (*c*). Obsérvase así mismo en los ejemplos citados, cuán poca dependencia existe entre la prescripcion y la excepcion que concede la restitucion; en los tiempos del antiguo procedimiento, la existencia misma de la excepcion dependía de circunstancias accidentales. Cuando ante el pretor aparecían enteramente justificados los hechos, sin que hubiese necesidad de remitir la

---

(*a*) L. 7, § 3, de minor. (IV, 4).

(*b*) L. 28, § 5, ex quib. causis maj. (IV, 6): «Exemplo rescisoriæ *actionis* etiam *exceptio* ei, qui republicæ causa afuit, competit: forte si res ab eo possessionem nancto vindicentur.»

(*c*) Muéstrase aquí la diferencia existente entre la restitucion y las acciones y excepciones. La restitucion es un medio de ataque; las acciones y excepciones sólo sirven para protejer un derecho realmente fijado.

instruccion del proceso á un *judex*, el pretor pronunciaba directamente una sentencia definitiva, y entónces no había ni *actio*, ni *exceptio*, ni *replicatio*; masno por eso dejaba de observarse el plazo para la restitucion (*d*).

Segundo, se hace figurar equivocadamente en nuestra cuestion la *exceptio non numeratæ pecuniæ*. Cuando se hace constar un préstamo por un acta escrita, ésta no puede ser invocada como prueba durante dos años (antiguamente durante cinco años). Esto es lo que se llama prescripcion de la *exceptio non numeratæ pecuniæ* (*e*). Créese haber fijado de este modo la existencia de la prescripcion, para una excepcion al ménos, y de aquí se induce que puede aplicarse á otras excepciones. Pero este plazo que, por lo demás, no aparece en las fuentes del derecho al mismo nivel que la prescripcion de las acciones, no se refiere á la excepcion considerada como tal, sino únicamente á una regla especial sobre el uso de las pruebas por escrito; y hé aquí una doble demostracion. Supongamos que en semejante caso no existiera acta escrita, sino que se accionase en virtud de la estipulacion añadida al pretendido préstamo: es evidente que el demandado podía igualmente oponer la *doli exceptio*; pero entónces no se trataría de plazo alguno, pues la regla especial sobre las pruebas no es aplicable á este caso. Supongamos, por el contrario, que hubiese acta escrita; entónces esta

(*d*) Así resulta claramente de la L. 9, § 4, de jurejur. (XII, 2). Habiendo deferido un menor el juramento como demandante, tenía por via de restitucion una *replicatio* contra la *exceptio jurisjurandi*. El pretor sin tener en cuenta los hechos, no concede la *replicatio*, sino que al mismo tiempo rechaza la excepcion y trasforma la accion en *judicium purum*: «Ego autem puto, hanc replicationem non semper esse dandam, sed plerumque ipsum Prætorem debere cognoscere au captus sit, et sic in integrum restituere... Præterea *exceptio ista, sive cognitio* statutum tempus post annum vicesimum quintum non debet egredi.» Aquí *exceptio* no es otra cosa que la *replicatio* mencionada precedentemente (véase § 229, *a*). y Ulpiano dice claramente que el plazo de la restitucion debe siempre ser observado, ya sea que dé lugar á una formal *replicatio*, ya sea que la *cognitio* del pretor decida inmediatamente esta cuestion incidental.

(*e*) El nombre de excepcion aplicado á este medio jurídico, débese únicamente á que los Romanos tenían costumbre de añadir al préstamo una estipulacion. Intentada la accion en virtud de esta extipulacion, que no podía ser negada, el demandado tenía necesidad de una *doli exceptio*, llamada entónces *non numeratæ pecuniæ*. Contra la accion intentada en virtud del préstamo bastaba una negacion absoluta; pero las reglas del derecho permanecían siempre las mismas. § 2, J. de except. (IV, 13).

regla especial se aplicaría igualmente á la excepcion y á la accion, y el plazo sería siempre el mismo *(f)*. La accion sería la *condictio sine causa* ú *ob causam datorum;* y para considerar este plazo como una prescripcion, era necesario decir que las *condictiones* deben ser consideradas como *actiones* temporales; sabemos, sin embargo, de una manera cierta, que hasta el año 424 las *condictiones* eran *perpetuæ* (§ 233). De lo dicho resulta que el plazo que nos ocupa se refiere á dicha regla especial sobre la prueba y no á los principios generales sobre la prescripcion de los medios de derecho, en vista de lo cual, tiene mayor afinidad con los plazos del procedimiento que con la prescripcion. No tendremos, pues, que ocuparnos de este plazo en la indagacion general relativa á la prescripcion de las excepciones.

Una vez descartados de la discusion estos dos casos, vuelvo á la cuestion de la prescripcion que nos ocupa. Para no dar lugar á dudas de ninguna especie, declaro de antemano que, en mi sentir, *todas* las excepciones son absolutamente imprescriptibles.

Pueden distinguirse aquí tres órdenes de casos, y trátase de averiguar en cada uno de ellos si es admisible la prescripcion.

I. Excepcion sin accion.

II. Excepcion y accion acumuladas.

III. Accion sin excepcion.

Primera clase. Excepcion sin accion.

Estos casos ofrecen pocas dificultades y no han sido nunca objeto de controversia. No se podría, en efecto, sin incurrir en el absurdo aplicar la pena de la negligencia al que no podía obrar, puesto que depende únicamente del adversario el intentar ó no intentar la accion *(g)*.

Estos casos, además, se presentan rara vez y para el resultado práctico de nuestra investigacion sólo tienen una importancia secundaria. Hé aquí un caso cierto de esta es-

---

(f) L. 14, § 4, L. 8, 9, C. de non num. pec. (IV, 30). V. § 254, *g. h.*

(g) Podría decirse que de él depende obligar á obrar á su abversario por medio de una provocacion; pero este recurso extraordinario, introducido por la práctica moderna en interés exclusivo del provocante, no podría tener tal influencia sobre la aplicacion del derecho, que su omision debiera ser considerada y castigarse como una negligencia; pues entónces este favor sería en extremo peligroso. Unterholzner, II, § 157.

pecie. Cuando el poseedor de un inmueble contra el cual se ha ejercitado la reivindicacion es absuelto de la demanda, adquiere contra el demandante una *exceptio rei judicatæ*; pero no adquiere accion alguna, porque la sentencia se limita á negar el derecho del demandante, sin atribuir al demandado ningun derecho positivo (*h*). El demandado puede invocar siempre esta excepcion, aunque mucho despues de treinta años se reprodujese la misma accion por el demandante ó sus sucesores.

§ CCLIV. *Extincion del derecho de accion. III. Prescripcion.—Aplicacion á las excepciones.* (Continuacion).

Segunda clase. Excepcion y accion acumuladas.

Este es el caso más frecuente y el más importante de todos; pero es preciso determinarlo desde luego con exactitud.

Ordinariamente se supone que el titular del derecho puede elegir entre estos dos medios, los cuales conducen á un mismo fin; por lo cual, han creido muchos que la negligencia en intentar la accion debe entrañar la pérdida de la excepcion, que es idéntica con ella.

Este punto de vista es falso por várias razones. Desde luego, es imposible que existan simultáneamente una accion y una excepcion, entre las cuales pueda elegir á su arbitrio el titular del derecho, puesto que para invocar la excepcion es preciso que el adversario haya intentado su accion: ántes no hay medio de hacerlo. El sentido verdadero de este concurso aparente se explica más bien del siguiente modo: al lado de mi derecho de accion, que puedo siempre ejercitar á mi arbitrio, existen todas las condiciones de hecho susceptibles de motivar la accion de mi adversario, y mi excepcion, por tanto, si éste intenta dicha accion (*a*).

(*h*) L. 15, de exc. rei jud. (XLIV, 2). Se añade ordinariamente el caso de la *doli exceptio* (L. 5, § 6, de doli exc. XLIV, 4), porque excluye la *doli actio* (§ 249, *q*); pero más adelante se verá (§ 255) que esta excepcion debe ser considerada de otro modo.

(*a*) Si se me arranca por amenazas una enagenacion y, más tarde, vengo á recobrar la posesion de la cosa enajenada, se presenta entónces el caso arriba expuesto, porque se encuentran reunidas todas las condiciones para la reivindicacion de mi adversario, que es propietario realmente, y para mi defensa tengo el medio de la *metus exceptio*. Por el

Hay, pues, una gran diferencia entre este caso y el concurso de las acciones (§ 231 y sig.); allí, el titular podía escoger entre dos modos de accion de igual naturaleza; aquí sólo puede elegir entre un modo de accion y una esperanza pasiva. Por otra parte la identidad del fin no existe realmente más que con relacion al resultado material definitivo, y de ningun modo en lo que respecta á los efectos jurídicos. Si mí accion prospera, es condenado mi adversario; pero estos dos hechos jurídicos son muy diferentes. Es verdad que con frecuencia producen el mismo resultado en cuanto á la extension y á la seguridad de mis bienes, mas esto se debe á circunstancias accidentales muy diversas.

Antes de entrar en la apreciacion de los casos pertenecientes á esta clase, voy á evidenciarla por una série de ejemplos, con el fin de que no quede incertidumbre alguna sobre su naturaleza y sus límites. Trátase de saber, respecto de cada uno de estos casos, si la prescripcion de la accion entraña ó no la pérdida de la accion que concurre con ella (en el sentido más arriba expuesto), que es el punto sobre el cual existe diferencia de opiniones.

1) Comprado un inmueble en 1841, debe hacerse inmediatamente la tradicion, y el pago en 1843; ninguna de las partes ejecuta el contrato. En este caso, la *actio emti* prescribiría en 1871, y la *actio venditi* en 1873, pues no ha comenzado hasta 1843. Durante todo este tiempo, cada una de las partes tenía á su favor la *exceptio non impleti contractus*, contra la accion que su adversario hubiera podido ejercitar. Ahora bien, en 1872 se ejercita la *actio venditi*; y se pregunta si el comprador, cuya accion ha prescrito al año, puede invocar la excepcion ántes dicha (*b*).

---

contrario, si mi adversario está en posesion, puedo ejercitar una accion, pero no una excepcion, porque mi adversario no puede ejercitar accion alguna contra mí. Es preciso que intervenga un nuevo hecho, á saber, la pérdida por su parte, y la adquisicion por la mia, de la posesion, para que adquiera una accion mi adversario y yo una excepcion contra esta accion. El caso pertenece, pues, á los de la tercera clase.

(*b*) Por mi parte, resuelvo afirmativamente esta cuestion; Unterholzner, II, § 1559, la resuelve negativamente. El resultado material de cada uno de estos medios jurídicos es aquí muy diferente. La accion tiene por objeto la ejecucion del contrato, la excepcion su no ejecucion, á ménos que el demandante ofrezca ejecutar el contrato, cosa que está en sus facultades. Algunas veces es indiferente para el comprador la realizacion de la venta, otras veces dicha realizacion tiene para él una gran importancia.

2) Un caballo vendido muere de un vicio oculto, poco tiempo despues de la vènta y ántes del pago del precio. Aquí, el comprador tiene una *redhibitoria actio* para librarse de su deuda, accion que prescribe por seis meses, y una excepcion contra la accion del vendedor en reclamacion del precio (*c*). Se pregunta si á pesar de la prescripcion de la accion redhibitoria puede ser todavía invocada la excepcion, en el caso en que la *actio venditi* se ejercitase despues de los seis meses (*d*).

3) Cuando una estipulacion es el resultado de la violencia, el deudor puede intentar la *actio quod metus causa*, en aceptilacion, ó bien, esperar el ejercicio de la accion nacida de la estipulacion, y oponerle la *exceptio metus* (*e*). La accion prescribe á los tres años, y se pregunta si la excepcion se pierde al mismo tiempo (*f*).

4) Cuando un acreedor lega á un deudor la liberacion de su deuda, puede éste atacar al heredero para la aceptilacion, ó bien, esperar que se ejercite la accion nacida del crédito y oponerle la excepcion motivada en el legado (*g*). Es la misma cuestion que en el caso precedente.

5) El que se obliga á pagar una suma de dinero en virtud de un motivo falso, por ejemplo, en la suposicion de un préstamo no realizado, puede obrar contra el acreedor por medio de la *condictio sine causa* (*h*); y puede tambien esperar la accion resultante de la estipulacion y oponerle la *doli exceptio* (*i*).

(*c*) L. 59, pr., § 1, de ædil. ed. (XXI, 1).

(*d*) Resuelvo tambien afirmativamente esta cuestion y Unterholzner, II, § 159, en sentido contrario. Los resultados materiales de la accion y de la excepcion son aquí idénticos, de igual manera que en los casos siguientes.

(*e*) L. 9. § 3, quod metus (IV, 2).

(*f*) En la mayor parte de los casos no puede suscitarse esta cuestion, porque la accion de la estipulacion prescribe al mismo tiempo que la accion *quod metus causa*. Sin embargo, algunas veces ésta se prescribe más tarde, como por ejemplo, si la estipulacion, arrancada por el temor, se había hecho *in diem*. Esta observacion se aplica á los dos casos siguientes.

(*g*) L. 3, § 3, de liberatione leg. (XXXIV, 3).

(*h*) L. 1, pr., L. 3, de cond. sine causa (XII, 7), L. 31, de cond. indeb. (XII, 6). Véase § 253, *f*.

(*i*) L. 5, § 1, de act. emti (XIX, 1), L. 3, C. de cond. indeb. (IV, 5). L. 3, C. de cond. indeb. (IV, 5). Esta es, en realidad, la *exceptio non numeratæ pecuniæ* de que he hablado más arriba; pero aquí se muestra

6) Si un próximo pariente, desheredado sin motivos válidos, se encuentra por una circunstancia accidental en posesion de la herencia, puede desde luego ejercitar la *querela inofficiosi*, puesto que existe un testamento válido, susceptible de ser atacado. De igual modo, puede aguardar la *hereditatis petitio* del heredero instituido, y oponer entónces sus agravios bajo laforma de una excepcion (*k*).

Puedo ya pasar á la apreciacion de los casos pertenecientes á esta segunda clase, cuya naturaleza acabo de mostrar con una série de ejemplos.

Podría tratarse de aplicar aquí los principios más arriba expuestos sobre los efectos de la prescripcion (§ 249). Si se admite la subsistencia de la *naturalis obligatio* es preciso admitir necesariamente la imprescriptibilidad de la excepcion, pues habrá de reconocerse que la obligacion imperfecta que sobrevive al derecho de accion es bastante para motivar una excepcion. Los adversarios podrían pretender decidir la cuestion en sentido inverso; pero de su doctrina no se desprende necesariamente semejante resultado. Puede considerarse la excepcion como un derecho aparte é independiente de la accion, en cuyo caso la diversidad de opiniones sobre los efectos de la prescripcion no tendría influencia alguna. Debemos, pues, indagar, mas bien, si la prescripcion, en sí misma considerada, es por su objeto (§ 237) y sentido aplicable por vía de analogía á las excepciones; punto de vista que, en mi sentir, debe adoptarse para obtener una solucion satisfactoria de la cuestion.

Pudiera creerse á primera vista que la causa más general de la prescripcion, cual es la negligencia, se vuelve á encontrar aquí, pues, efectivamente, el titular podía haber ejercitado su derecho y no lo ha verificado. Pero esta apariencia se destruye ante un exámen más atento. La negligencia que motiva la prescripcion de la accion consiste en que el titular se abstiene de ejercitar una accion que la proporcionaría el goce de un derecho del cual se encuentra pri-

---

en toda su pureza, y no bajo la influencia de las reglas peculiares de la prueba por escrito.

(*k*) L. 8, § 13, de inoff. test. (V, 2). En este caso y en el designado bajo el núm. 2, la accion se encontraba ya sometida á la prescripcion de la época de los antiguos jurisconsultos; pero en los demás casos enumerados en este lugar la accion era imprescriptible.

vado; miéntras que el titular que ahora nos ocupa goza de la parte más esencial de su derecho; la accion que deja prescribir hubiera podido poner este goce bajo la proteccion de formas más completas, pero sin cambiar esencialmente su posicion. Si se considera atentamente la situacion del adversario, se llega al mismo resultado. El principal objeto de la prescripcion consiste en fijar la seguridad completa de un estado de cosas que ha subsistido sin perturbacion alguna, durante cierto número de años. Pero en los casos de que hablamos, el que invoca la prescripcion de la excepcion no ha tenido jamás el goce de este estado; su situacion era siempre la de una relacion equívoca, incierta, que desde largo tiempo ha debido determinarla á obrar, aunque la prescripcion de la accion no se hubiera cumplido todavía (nota *f*).

Uno de los motivos de la prescripcion consiste en la disminucion de los pleitos, cuando éstos no son indispensables para la proteccion de un derecho cierto; ahora bien, la conducta del titular que nos ocupa obedece precisamente á este espíritu de las leyes sobre la prescripcion. Por amor á la paz renuncia á una accion que le procuraría mayor seguridad en la forma y se contenta con las ventajas reales de su posicion.

Por último, un motivo muy importante de la prescripcion se funda en que el demandante al diferir el ejercicio de su accion, aumenta con frecuencia la dificultad de la defensa y aún algunas veces, esta tardanza es un cálculo de la mala fé. Aquí el peligro amenaza precisamente al que invoca la excepcion despues que la prescripcion se ha cumplido; él es el que se perjudica con la dilacion, no su adversario; por tanto, no se compromete ningun derecho. Podría objetarse que el adversario puede tener una *replicatio* que el tiempo trascurrido hace más difícil de justificar. Desde luego, la *replicatio* es más rara y mucho ménos importante que la defensa directa del demandado; además, en nuestra hipótesis, este adversario tendría siempre un derecho de accion, y si la dilacion ocasionada en la decision del litigio le causa un perjuicio, debe imputárselo así mismo.

Podemos principalmente apreciar el valor de estos argumentos generales en los dos primeros casos citados como ejemplos. Cuando, despues de la venta del inmueble, ambas

partes han diferido por tanto tiempo el ejercicio de sus derechos, debe creerse que cada una de ellas ha reconocido, despues de un maduro exámen, que no le proporcionaba grandes ventajas la ejecucion del contrato. No lo han rescindido, porque, encontrándose cada una de ellas en su posicion primitiva, esperaba las consecuencias de las circunstancias exteriores, para tomar un partido definitivo. Despues que este estado de mútua indecision ha permanecido hasta 1872, sería por demás injusto hacer perder al comprador el precio y la cosa, por el solo motivo de haber asignado el contrato épocas diferentes á sus respectivas prestaciones.

Lo mismo sucede en el caso del caballo muerto poco tiempo despues de la venta. Acaso el comprador había denunciado inmediatamente la muerte del caballo al vendedor y como éste no hacía reclamacion alguna, por mas que no renunciase expresamente al precio, se contentó el comprador con abstenerse de pagar. La prescripcion de la excepcion sería incomparablemente más dura que la prescripcion de la accion redhibitoria, en restitucion del precio de la venta.

Tercera clase. Accion sin excepcion.

Es preciso suponer que el titular del derecho violado, y que tiene un derecho de accion, se encuentra en una posicion tal que su adversario no tenga accion y, por tanto, que el titular carezca de excepcion que oponerle. Una vez cumplida la prescripcion de la accion, debe suponerse que las cosas cambian de aspecto: el adversario adquiere una accion contra el titular, quien, por su parte, puede tener una excepcion, y se trata entónces de la prescripcion de esta excepcion.

Hé aquí un ejemplo de la combinacion expresada. Un propietario es obligado por amenazas á enagenar un inmueble, del cual queda en posesion su adversario. Existe entónces la accion *quod metus causa*; pero no hay ningun motivo para una excepcion, porque el poseedor no tiene necesidad ni posibilidad de ejercitar ninguna accion. Despues que prescribe la accion *quod metus causa* el que ha cedido á la violencia recobra, por una circunstancia accidental, la posesion del inmueble; su adversario la reivindica y entónces se pregunta si puede oponerse á esta accion la *ex-*

ceptio metus ó si dicha excepcion ha prescrito con la accion del mismo nombre.

Los casos de esta clase son más raros y ménos importantes que los de la precedente.

Aquí, la decision de la cuestion depende únicamente, en mi sentir, de la opinion que se adopte sobre los efectos de la prescripcion. Cuando se admite, conmigo, que la *naturalis obligatio* sobrevive á la prescripcion, debe rechazarse la prescripcion de la excepcion, pues esta obligacion natural basta para motivar una excepcion, cuyo necesidad se hace sentir por primera vez; y en su virtud, no puede ser imputada ninguna negligencia al que la invoca. Cuando se niega la *naturalis obligatio* debe negarse, por esto mismo, la base de la excepcion (*l*). Los motivos prácticos que en los casos de la segunda clase defendían á la parte lesionada contra el reproche de la negligencia, y los que, independientemente de esta controversia, se oponían á la pérdida de la excepcion, no existen.

§ CCLV. *Extincion del derecho de accion.* III. *Prescripcion. Aplicacion á las excepciones.* (Continuacion).

He tratado hasta aquí la cuestion con arreglo á los principios generales; réstame investigar si existe en las fuentes del derecho romano alguna decision que se relacione con ella.

El único texto que se puede citar válidamente en esta materia es el siguiente de Paulo *(a)*: «Non sicut de dolo actio tempore certo finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est: nam hæc perpetuo competit: cum actor quidem is autem cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur.»

Varios autores citan este texto como prueba de la prescriptibilidad de las acciones pertenecientes á la segunda clase; y lo interpretan de la siguiente manera *(b)*. Cuando,

---

(*l*) La cuestion corresponde á la anteriormente expuesta sobre la posibilidad de la compensacion, cuando he dejado mi accion prescribir, y cuando la demanda de mi adversario á la que quiero oponer la compensacion no ha nacido hasta despues del cumplimiento de la prescripcion. V. § 251, núm. IV.

(*a*) L. 5, § 6, de doli except. (XLIV, 4).

(*b*) Rave, § 165. Unterholzner, II, § 157.

en virtud de un fraude, he sido movido á otorgar una estipulacion, se concibe que pueda tener una proteccion doble, la *doli actio* y la *doli exceptio* contra la accion que resulta de la estipulacion. Como esta última me proteje suficientemente, la primera debe serme rehusada por consideracion al honor de mi adversario *(c)*. Este caso entra, por consiguiente, en la primera clase, puesto que el víctima del fraude tiene simplemente una excepcion y carece de accion. Esto se encuentra confirmado por el motivo que se alega al fin del texto, el cual supone la ausencia de toda negligencia. El mismo motivo refuta, se dice, la decision por mí adoptada respecto á los casos de la segunda clase, pues en estos casos existía una accion posible cuya omision implica la negligencia. Esta interpretacion me parece que debe ser rechazada por las siguientes razones.

En el caso citado, el deudor, víctima del fraude, tiene sin duda una accion; no solamente la accion infamente y sometida á una corta prescripcion, la *doli actio*, sino tambien una actio *in factum* que le procura una indemnizacion igual al beneficio realizado por el autor del fraude, y cuyo efecto es, por consiguiente, idéntico al de la *doli exceptio* (*d*). Algunas veces, hay un gran interés en intentar inmediatamente esta accion, porque entónces es fácil justificar el fraude; miéntras que más tarde la muerte de los testigos puede impedirle sus medios de prueba. Así pues, este caso pertenece á la primera clase, no á la segunda (*e*), y por tanto, confirma más bien nuestra doctrina. El motivo alegado al fin del texto, si atentamente se examina, es igualmente favorable á nuestra opinion. En efecto, sí bien el víctima del fraude puede siempre intentar una accion, no es ménos cierto que, como dice Paulo, su voluntad no puede determinar el *uso de la excepcion*, puesto que el adversario puede ejercitar su accion cuando le convenga, y elegir para ello el momento que crea más propicio. No cabe, pues, sin injusticia, someter á una prescripcion la excepcion considerada en sí misma, que es precisamente de lo que se trata.

(*c*) L. 1, § 40, L. 40, de dolo (IV, 3).
(*d*) L. 28, 29, de dolo (IV, 3).
(*e*) Este caso es muy semejante al de la *metus exceptio*, de que he hablado más arriba (§ 154, *e*).

Estimo, pues, que este texto confirma, por la doctrina en él expuesta, la imprescriptibilidad de las excepciones de la segunda clase; pero no puedo considerarlo como una decision directa de la cuestion que nos ocupa. Para esto sería necesario que Paulo hubiese hablado realmente del concurso de una excepcion con una accion *prescriptible* y de la duracion de la excepcion, despues de la accion prescrita. Pero la *actio in factum*, de que trata dicho jurisconsulto, era en su tiempo *perpétua*, en el sentido más riguroso, es decir, absolutamente imprescriptible. Paulo, pues, tenía presente un caso muy diverso de los de la segunda clase y se contenta con negar la única cosa que pudo cuestionarse en su tiempo, á saber, que la *doli exceptio* no está sometida á la corta duracion de la *doli actio*. Y esta accion, como dicen muy bien los adversarios, no concurre con la *doli exceptio*, puesto que es excluida por ella.

Los demás textos son todavía ménos aplicables que el que precede á nuestra cuestion, y si los menciono, es con el fin de no dejar la menor sombra que pueda suscitar alguna duda (*f*):

Un rescripto de Diocleciano se encuentra concebido del siguiente modo (*g*): Licet unde vi interdictum intra annum locum habeat, tamen exceptione perpetua succuri ei, qui per vim expulsus post retinuit possessionem auctoritate juris manifestatur.

Podría creerse que este texto expresa el siguiente principio: el interdicto, como accion, es anual; como excepcion es imprescriptible; en cuyo caso sería la confirmacion directa de nuestra doctrina. Pero se contesta, con razon, que la excepcion únicamente impide al demandante enriquecerse injustamente y que, en este sentido, el interdicto, como ac-

(*f*) Pueden descartarse varios de los textos así alegados. La L. 9 § 4, de jure jur. (XII, 2). á la cual Unterholzner, II, § 15, concede gran importancia, habla de la prescripcion de la restitucion y no de la excepcion. V. § 253. *d*. La L. 8, § 13. de inoff. (V, 2) no dispone nada para ni contra la *prescripcion* de la excepcion: únicamente se ocupa de su admisibilidad. V. § 254, *i*. Para referir la L. 30. § 6. de peculio (XV, 1) á la prescripcion de las excepciones, es preciso dejarse engañar por las palabras in dolo *objiciendo peculio* contra el que *dolo fecit quo minus quid esset in peculio* (L. 21, eod), accion que se prescribe como la *doli actio*, de la cual realmente no es más que una aplicacion particular.

(*g*) L. 5, C. de exc. (VIII, 36),

cion, es igualmente imprescriptible (*h*). Esta contestacion, muy justa en sí misma, no resuelve la dificultad principal, que consiste en saber como debe entenderse la accion á la cual la excepcion debe ser opuesta. Podría pensarse, desde luego, en la reivindicacion; pero en tésis general, la simple posesion no motiva excepcion alguna contra la accion resultante de la propiedad. Por eso se ha creido, con más apariencia de razon, que se trata aquí de la pena pronunciada contra los que se hacen á sí mismos justicia, y se ha dicho que habiendo el adversario perdido su propiedad, por esta causa la excepcion mantiene esta pérdida (*i*). Pero esto sería la negacion de la propiedad y no una excepcion: constituiría, además, una pena verdadera y excedería en mucho de la prohibicion de un beneficio justo, reconocido más arriba como imprescriptible; por último, y principalmente, la ley que castiga á los que se hacen justicia á sí mismos es muy posterior á Diocleciano (*k*).

Hé aquí cual es en realidad el sentido de la ley: entre Gayo y yo hay un litigio sobre la propiedad de un inmueble; Gayo me desposee violentamente; más tarde, las circunstancias hacen dudoso el estado de la posesion; Gayo, que quiere terminar la diferencia, ejercita contra mí el interdicto *uti possidetis*, con el fin de obligarme á ejercitar la reivindicacion. Yo tengo contra este interdicto la *exceptio violenta possessione* (*l*), y ésta excepcion, dice nuestro rescripto, no está sometida, como el interdicto *de vi*, á una corta prescripcion. Dicha decision se encuentra plenamente confirmada por el motivo expuesto más arriba, de manera que nuestro texto no reconoce de modo alguno la imprescriptibitidad de todas las excepciones en general.

Otro rescripto del mismo emperador se expresa en estos términos (*m*): «Si pactum intercesit, in exceptione sine temporis prœfinitione de dolo replicare potes.»

Un deudor obtiene fraudulentamente, por medio de un simple pacto, la remision de una deuda resultante de una estipulacion. A la accion de la estipulacion el deudor opone

---

(*h*) L. 1. pr. § 48; L. 3, § 1, de vi (XLIII, 16).
(*i*) Unterholzner, II, p. 24.
(*k*) La L. 7, C. unde vi (VIII, 4), es del año 389.
(*l*) L. 1 pr., § 5, 9, uti poss. (XLIII, 17).
(*m*) L. 6, de except. (VIII, 36).

la *pacti exceptio*; pero ésta es rechazada por la *doli replicatio*, la cual, segun el rescripto del emperador, no está sometida á la prescripcion de la *doli actio*. Esta decision probaría todo lo más, la imprescriptibilidad de las réplicas, y no de las excepciones; pero tampoco la prueba, porque esta *replicatio*, como la excepcion en el caso precedente, tiene solamente por objeto impedir una ganancia ilícita; y bajo esta relacion, la accion misma sería imprescriptible. Por lo demás, este texto no se encuentra en armonía con la legislacion justinianea; pues si posteriormente á la remision fraudulenta de la deuda, han trascurrido treinta años y se quiere inducir de aquí la prescripcion de la *doli replicatio* aparecerá que la accion misma de la estipulacion ha prescrito ántes; en su consecuencia, se le opone la *temporalis rescriptio* y no podría haber lugar á tratarse de la *pacti exceptio* que es á la que únicamente puede referirse dicha doli replicatio.

Los autores presentan ordinariamente esta cuestion en un sentido más estricto que el expuesto por mí. Respecto á los casos de la primera clase, no hay dificultad alguna; todos reconocen la imprescriptibilidad de la excepcion. Se acostumbra referir los casos de la segunda clase á la cuestion más arriba tratada sobre los efectos de la prescripcion. Así pues la discusion versa únicamente sobre los casos de la segunda clase, que por lo demás, son los más ordinarios é importantes.

Sobre esta cuestion, la mayoría de los autores ha sostenido en los tiempos modernos los verdaderos principios *(n)*. La opinion contraria ha dominado antiguamente y en nuestra época, ha encontrado todavía partidarios *(o)*.

(*n*) Claproth, de rebus merœ facultatis Götting., 1752, § 2-7 (donde se trata muy bien esta cuestion): Weber, Beiträge, von Klager, p. 6-14, Glück, XX, p. 151, 152; Mühlenbruch, II. § 431; Göschen, p. 471. Puedo citar ademas á Büchel, Erörterungen, Heft, I, p. 8-21, que no difiere más que por el modo de motivar su opinion. Así, atribuye gran importancia al hecho de que la accion y la excepcion tienen un objeto jurídico diferente. He reconocido tambien más arriba esta diferencia; pero no la considero como la razon determinante.

(*o*) Los antiguos autores están citados en Claproth, I, c., § 2, nota 2. Los autores modernos son: Rave, § 165, Unterholzner, II, § 153-160. Pfeiffer, praktische Ausfuhrungen, t. III, p. 73-82. En este punto tambien Thibaut ha sostenido sucesivamente diversas opiniones, que se relaciona con la incertidumbre de su doctrina sobre los efectos de la pres-

Hasta el presente, la jurisprudencia de los tribunales ha variado de igual manera que la doctrina de los autores (p), y no se ha fijado en ningun sentido.

Entre las legislaciones modernas no conozco ninguna que se haya ocupado de nuestra cuestion. Debe, pues ser decidida con arreglo á los principios adoptados como verdaderos en el derecho comun.

---

cripcion (§ 2h8, *n*). Verjährung. p. 150, 151. Pandekten, 7.ª ed, § 1062; 8.ª ed. § 1025.

(*p*) El Tribunal supremo de Berlín se ha declarado por la buena doctrina (tanto con arreglo al derecho comun como respecto del derecho prusiano): Simon und Strampff, Entscheidungen des Obertribunals, t. I, Berlin 1837, p. 120, 136. La opinion contraria ha sido adoptada por el tribunal superior de Cassel: Pfeiffer, sobre el mismo asunto, donde, sin embargo, se reunen cosas muy diferentes: la prescripcion de las excepciones y la prescripcion de la restitucion.

APÉNDICES.

APENDICE XII.

QUANTI RES EST.

(§ CCXVI, nota *u*) (*)

I.

El objeto de un gran número de acciones se expresa por las palabras *quanti res est,* las cuales se colocaban tambien ordinariamente en la *condemnatio*, es decir, en la última parte de la *formula* del antiguo procedimiento romano. Estas palabras se encuentran de igual modo en una multitud de estipulaciones, de donde pasaban á la *condemnatio* cuando se intentaba la accion. Ahora bien, ¿cuál es su significacion verdadera?

Hay pocas palabras en la lengua latina susceptibles de tantas acepciones diferentes como la palabra *res,* circunstancia que aumenta las dudas sobre la solucion de la cuestion propuesta. En efecto, como *res* designa, ya un objeto material y visible, ya un negocio ó un conjunto de circunstancias, las palabras citadas son

(*) Pudiera parecer que la refutacion de un error tocante á la fórmula *in factum concepta*, no ofrece interés bastante para motivar la presente investigacion. Pero el sentido de la frase *quanti res est*, tiene mucha importancia cuando se trata de determinar la naturaleza y efectos de varias acciones. La presente indagacion, indispensable por otra parte, se encuentra, por tanto, colocada aquí por una circunstancia accidental.

susceptibles de dos interpretaciones diferentes. Así, pueden significar: primero, el equivalente del precio de la cosa litigiosa (su valor venal); segundo, la importancia del litigio para el titular del derecho ó el perjuicio que le cause la violacion (el interés).

En muchos casos el valor venal es precisamente igual al interés. En otros, el interés es muy superior al valor venal. Cuando doy en alquiler un caballo que vale cien escudos y lo vendo despues á un tercero bajo la cláusula penal de pagarle 150 escudos en el caso de que no le entregue dicho caballo, si el locatario se lo deja robar, poniéndome en la imposibilidad de ejecutar mi contrato de venta, la indemnizacion que me debe el locatario es de 150 escudos, y por consiguiente, excede del valor venal (*a*). Por el contrario, el que rehusa injustamente la exhibicion de una cosa, debe una indemnizacion pecuniaria por el perjuicio que resulta de la falta de exhibicion, y frecuentemente estos perjuicios son muy inferiores al valor venal (*b*). De igual manera la *condictio furtiva* tiene por objeto la reparacion del daño que causa el robo á la persona robada. Si el demandante era propietario de la cosa, la indemnizacion será igual ó superior al valor venal (*c*); por el contrario, si no poseía más que á título de prenda, ó si solamente tenía el usufructo ó el uso de la cosa, el interés es siempre inferior, y con frecuencia en mucho al valor venal (*d*). Ya los antiguos jurisconsultos reconocían expresamente las diferencias que acabo de señalar (núm. III).

II.

La interpretacion de valor en venta es la más literal; la de interés se refiere más bien al sentido y naturaleza íntima de las relaciones de derecho. Segun lo dicho, podemos creer, en tésis general, que la primera es la más antigua, y que la segunda ha dominado más tarde.

Esta suposicion se encuentra plenamente justificada por la *actio legis Aquiliæ*. Los dos capítulos de esta ley conservados en las compilaciones de Justiniano, contienen estas frases: *quanti id fuit*, *quanti ea res erit* (*a*). Al principio se aplicaban únicamenie al valor venal; más tarde, áun reconociendo que la ley no tenía otro objeto,

---

(*a*) Con ocasion únicamente de la *furti actio*, se encuentra mencionado un caso semejante en la L. 67, § 1, de furtis (XLVII, 2). Véase más adelante, núm. V, *c*.
(*b*) L. 9, § 8, ad exhib. (X, 4).
(*c*) L. 3, de cond. furt. (XIII, 1).
(*d*) L. 12, § 2, de cond. furt. (XIII, 1), L. 22, § 2, de pign. act. (XIII, 7).
(*a*) L. 2, pr., L. 27, § 5, ad L. Aquil. (IX, 2).

se extendió, por vía de interpretacion, el contenido de la accion á toda clase de interés justificado, aún más allá del valor venal (*b*), y esta extension se manifiesta como el nuevo derecho vigente (*c*).

III.

En el interdicto *uti possidetis* había empleado el pretor las palabras *quanti res erit* (*a*). El jurisconsulto Sérvio las aplicaba, segun su sentido literal, al valor en venta; pero Ulpiano condena formalmente esta interpretacion en su texto notable, que entero es como sigue: L. 3, § 11, uti poss. (XLIII, 17): In hoc interdicto condemnationis summa refertur ab rei ipsius æstimationem.

Con arreglo al texto del interdicto, nos dice Ulpiano, que el objeto de la condenacion es el valor venal. *Quanti res erit*, sic accipimus; quanti uniuscujusque interest, possessionem retinere.

Pero nosotros no tomamos los términos del edicto en su sentido literal, y entendemos el interés que la conservacion de la posesion tiene para el demandante.

Servii autem sententia est existimantis tanti possessionem æstimandam, quanti *ipsa res est*.

Sérvio, que tomaba estas palabras en su sentido literal, entendía el valor venal de la cosa.

Sed hoc nequaquam opinandum est: longe enim aliud est *rei* pretium, aliud *possessionis*.

IV.

El interdicto *de vi* recibe la misma interpretacion, y el texto de Paulo que á él se refiere, es todavía más explícito, en cuanto á los resultados prácticos, que el texto de Ulpiano más arriba expuesto.

L. 6, de vi (XLIII, 16): In interdictis unde vi tanti condemnatio facienda est, *quanti intersit possidere*: *et hoc jure nos uti* Pomponius

---

(*b*) § 10, J. de L. Aquilia (IV, 3): «Illud *non ex verbis legis, sed ex interpretatione* placuit, non solum perempti corporis astimationem habendam esse, sed eo amplius, quidquid præterea, perempto eo corpore, damni vobis allatum fuerit.» rel.

(*c*) L. 21, § 2, ad L. Aquil. (IX, 2): «Sed utrum corpus ejus solum æstimamus quanti fuerit, cum occideretur, an potius, quanti interfuit nostra non esse occisum? Et *hoc jure utimur*, ut ejus quod interest fiat æstimatio.» El cálculo artificial prescrito por esta ley, se refiere únicamente al valor de la cosa, y no á los daños é intereses. L. 23, § 6, eod.

(*a*) L. 1, pr. uti poss. (XLIII, 17).

scribit, id est, *tanti rem* viderit, quanti actoris intersit: quod alias minus esse, alias plus: nam sæpe actoris pluris interesse hominem retinere, quam quanti is est: veluti cum quæstionis habendæ, aut rei probandæ gratia, aut hereditatis adeundæ, intersit ejus cum possideri.

En los fragmentos del edicto que nos han sido conservados (*a*) no se encuentran ciertamente las palabras *quanti res est;* pero la prueba de que estaban en el edicto resulta de la frase de nuestro texto *tanti rem videri* que, evidentemente, constituye la interpretacion de las palabras del edicto *quanti res est.* Paulo no habla expresamente de ninguna otra interpetacion más literal, pero hace alusion á ella por las palabras *hoc jure nos uti* (núm. II, *c*), pues aquí el punto capital es el reconocimiento práctico del principio, que invoca para fijar el testimonio de Pomponio.

V.

Respecto á la *furti actio* hay más dificultades y más controversias. En esta accion se exige á título de pena, unas veces el doble, otras el triplo, otras el cuádruplo del valor y se pregunta cuál es el *simplum* que forma la base de estas multiplicaciones. Como se deriva de la ley de las Doce Tablas, es verosímil que su aplicacion haya seguido idéntica marcha á la de la *actio legis Aquiliæ* (núm. II).

Aquí tambien las palabras *quanti res est* se encontraban, ora en las Doce Tablas, ora en el edicto del pretor relativo á la *actio furti manifesti,* ora en la fórmula de la accion, como resulta casi con entera certidumbre, del siguiente texto de Javoleno: L. 9, de in litem jur. (XII, 3): Cum furti agitur, jurare ita oportet, *tanti rem fuisse,* cum furtum factum sit.

Estas palabras no tienen sentido si no se refieren al *quanti res est,* expresado en la ley ó en el edicto, y que se trataba de aplicar á un caso particular, defiriéndolo al juramento.

Con relacion al sentido práctico de estas palabras, tenemos diversos textos que examinar. Desde luego es preciso distinguir si la persona robada que intenta la accion, tenía la propiedad de la cosa ó simplemente un *jus in re* sobre la misma. En este último caso el *simplum* es á evidentemente constituido por el interés del demandante, aquí siempre inferior al valor venal (*a*). En el primer caso, por el contrario, en que la persona robada que intente la accion es

---

(*a*) L. 1. pr. de vi (XLIII, 16).

(*a*) L. 80, § 1, de furtis (XLVII, 2), de Papiniano:... «Quia itaque tunc *sola utilitas* æstimationem facit, cum cessante dominio furti actio nascitur, in istis causis ad æstimationem corporis furtí actio referri non potest.»

propietaria de la cosa, puede preguntarse si el *simplum* es el valor venal ó el interés, unas veces más elevado y otras veces ménos que este valor. En este caso tambien, segun los verdaderos principios, hay que adoptar la interpretacion del interés.

Referiré, desde luego, varias decisiones particulares cuyo sentido es siempre ménos dudoso que el de las reglas abstractas.

Cuando se roba á un acreedor sus títulos de crédito, juzgaban algunos que el *simplum* se reducía al insignificante valor de las tablas de madera cubiertas de cera; pero Paulo admite como *simplum* el interés del acreedor, interés que puede ser, segun las circustancias, igual á la suma fijada en los títulos (*b*).

Cuando la persona robada había prometido bajo una pena convencional entregar la cosa á un tercero en una época determinada, de modo que, haciendo el robo imposible la entrega lo obliga á pagar la pena, ésta ha de referirse ciertamente, no al valor venal, sino al interés; sin embargo, segun Celso, está comprendida en el *simplum* (*c*).

Cuando un esclavo robado era instituido heredero y este robo impedía á su señor adquirir la herencia, el valor de dicha herencia estaba comprendido en el *simplum*, decision que desde luego observo que pertenece á Ulpiano (*d*).

VI.

Paso ahora á los textos que contienen reglas abstractas sobre la cuestion y comienzo por el siguiente de Papiniano.

L. 80, § 1, de furtis (XLVII, 2): Cum autem jure dominii decfertur furti actio, quamvis non alias nisi nostra intersit competat (*a*): tamen ad æstimationem corporis, si nihil amplius intersit, utilitas mea referenda est.

A primera vista las palabras *si nihil amplius intersit* parecen decisivas, y que significan lo siguiente: el *simplum* consiste siempre por lo ménos en el valor venal, algunas veces en una suma mayor si se justifica un interés superior independiente del valor venal (si nihil *amplius* intersit). Pero atendiendo al conjunto del texto se vé

(*b*) L. 32, § 1, de furtis (XLVII, 2). Véase S. 10, § 3, de edendo (II, 13).

(*c*) L. 67, § 1, de furtis (XLVII, 2): «Si tibi subreptum est, quod nisi de certa dedisses, pænam promisisti, ideo que suffere eam necesse fuit, furti actione hoc quoque coæstimabitur.»

(*d*) L. 52, § 28, de furtis (XLVII, 2).

(*a*) Esto significa: si en la época en que se ha cometido el robo, el propietario no tenía interés alguno, como sucedía, por ejemplo, cuando la cosa estaba arrendada y el locatario cuya negligencia había ocasionado el robo, era responsable de la pérdida, el propietario no tenía accion. § 13, 15, J. de obl. quæ ex del. (IV, 1).

que el *amplius* se aplica, no á la *extension* del objeto, sino á su duracion temporal (*b*): de suerte que debe entenderse, más bien, de este modo; cuando el interés existente en la época del robo desaparece por completo posteriormente, no queda más recurso que admitir como *simplum* el valor venal, puesto que no existe otro interés susceptible de apreciacion.

Esta interpretacion se encuentra explicada y confirmada por las palabras que siguen: Idque et in statuliberis, et in legato sub condicione relitor probatur. Alioquin diversum probantibus statui facile quantitas non potest (*c*).

Cuando el esclavo robado á un heredero era emancipado ó legado á un tercero bajo condicion, el interés era inferior al valor venal, supuesto que la condicion hacía incierta la propiedad sobre el esclavo. Si en la época en que se ejercita la accion, está la condicion todavía en suspenso, para apreciar el interés como *simplum*, se averigua en cuanto se vendería el esclavo con el azar de la condicion; este precio representa el daño causado por el robo y por censecuencia, el *simplum* de la accion (*d*). Por el contrario, si la condicion se ha cumplido ya y la propiedad del esclavo se ha perdido para el demandante, el precedente cálculo es imposible y no queda más medio que tomar por base el valor venal, sin tener en cuenta la condicion.

Así, pues, aunque las palabras si *amplius* intersit no deciden la cuestion, el conjunto del texto no ofrece la menor duda: las palabras ad æstimationem corporis... *utilitas* mea referenda est, son enteramente decisivas. Por tanto, Papiniano quiere decir: el verdadero *simplum* consiste siempre en la *utilitas* de la persona robada, es decir, en el interés de esta persona (*e*); el hecho de que este interés sea aquí idéntico al valor venal, se debe á las circunstancias particulares del caso. Semejante interpretacion se encuentra

---

(*b*) Schulting, Nota in Dig., L. 50, pr. de furtis (XLVII).

(*c*) Viene despues la última parte del texto, transcrita más arriba, núm. V, *a*.

(*d*) Este procedimiento se encuentra formalmente indicado por Ulpiano en la L. 52, § 29, de furtis (XLVII, 2): «Pendente autem condictione (es decir, si agatur), tanti æstimandum est, *quanti emptorem potest invenire*». El caso precedente de que habla Ulpiano, es el de un *statuliber* robado ántes de la adicion de la herencia y tambien ántes del cumplimiento de la condicion; puesto que no podia haberse cometido robo contra la sucesion, y en el momento de la adicion de la herencia, el esclavo no formaba parte de la sucesion dicha. Por el contrario, si la condicion estaba pendiente en la época de la adicion de la herencia, se hubiera cometido el *furtum* contra el heredero, si continuaba el ladron detentando la cosa.

(*e*) *Utilitas* es la palabra técnica para designar el interes. V. L. 21, § 3, de act. emti (XIX, 1) y varios otros textos.

plenamente confirmada por el final del texto, donde Papiniano dice que admitiria un interés diferente del valor venal si fuera posible fijar alguno.

VII.

Existe un texto de Ulpiano que ofrece más incertidumbre y que en todo tiempo, ha motivado las más diversas opiniones sobre la cuestion que nos ocupa.

L. 50, pr. de furtis (XLVII, 2): In furti actione non, quod interest, quadruplabitur, vel duplabitur, sed rei verum pretium. Sed et si res rebus humanis esse desierit cum judicatur, nihilominus comdemnatio facienda est, idemque etsi nunc deterior sit æstimatione relata in id tempus, quo furtum factum est. Quod si pretiosior facta sit, ejus duplum quanti tunc, cum pretiosior facta sit, fuerit, æstimabitur: quia et tunc furtum ejus factum esse verius est.

Este texto parece tomar precisamente por *simplum*, no el interés, sino el valor venal, lo que lo pone en contradiccion con todos los textos anteriormente citados. Tambien se ha pretendido, á menudo, que había habido sobre este punto controversia entre los antiguos jurisconsultos, y se ha querido relacionar esta controversia con el desenvolvimiento probable de la regla jurídica (núm. V). Pero esta opinion debe ser completamente rechazada, porque en una de las decisiones particulares más precisas (núm. V. *d*) el mismo Ulpiano reconoce el interés como *simplum*.

Examinando las aplicaciones particulares que contiene nuestro texto vemos que el pensamiento de Ulpiano es evidentemente el que sigue. Si el valor que se podía reclamar en la época del robo ha disminuido posteriormente ó se ha destruido la suma que debe fijarse por la sentencia, no debe ser ménor; si este valor ha aumentado, la suma debe ser mayor. El contraste versa, pues, sobre las diferentes épocas en que puede hacerse lá estimacion, no sobre la diferencia entre el valor venal y el interés; y si las palabras de Ulpiano parecen más bien designar este último contraste débese á que estas palabras han sido mal elegidas. Hé aquí próximamente el encadenamiento de ideas que podría explicar y confirmar esta inexactitud en los términos. Ulpiano tenía presente un caso en que, como á menudo acontece, el interés era idéntico al valor venal, pero que una circunstancia sobrevenida posteriormente había disminuido el valor de la cosa, supongo, de 100 á 60. Ahora bien, Ulpiano expresa su opinion de la manera siguiente: una cosa que vale 100 ha sido robada, por consiguiente el *simplum* es 100, aunque el interés actual del demandante (en el momento en que la accion es intentada) sea solamente de 60, y consiguientemente, que sus bienes no disminuyen en realidad más que en esta última suma.

VIII.

En muchos otros casos especiales, *quanti res est* equivale sin duda alguna á *quanti interest*. Así es que estas palabras se encontraban en la fórmula de la condenacion de la *doli actio* (*a*) designaban así mismo el interés que en semejante caso se defería al juramento *in litem* y este juramento implicaba la apreciacion del interés mayor (*b*).

Lo mismo sucedía respecto de las estipulaciones pretorianas cuya fórmula contenía las palabras *quanti res est* y cuya accion tenía por objeto la indemnizacion más completa (*c*).

IX.

Hé aquí una regla general más importante y decisiva que estas disposiciones particulares. Todas las acciones *in rem* é *in personam*, como tambien los interdictos que tienen por objeto la restitucion de una cosa, llevan en la fórmula de su *condemnatio* las palabras *quanti rest est*, las cuales designan siempre el interés que la restitucion de la cosa tiene para el demandante (*a*). En dicha regla encontramos la confirmacion directa de la asercion que ha dado lugar á la investigacion presente, á saber: que el *judex* tenía una entera latitud para valuar y fijar este interés, ora fuese la fórmula *in factum concepta*, ora fuese *in jus concepta* (*b*).

X.

Debo, no obstante, mencionar ahora ciertos casos que en el fondo y en la forma se apartan de las reglas que acabo de exponer. Atentamente examinados estos casos no pueden introducir duda alguna en la verdad de los principios generales.

Con motivo de la *actio ad exhibendum* es cuando vemos la fraseología regular formalmente abandonada. El objeto de esta accion es el interes que tiene el demandante en la presentacion de la cosa

---

(*a*) L. 17, pr. L. 18, pr. de dolo (IV, 3).
(*b*) L. 18, pr., § 1, 4, de dolo (IV, 3).
(*c*) L. 11, de stipul. prætor. (XLVI, 5) L. 3 pr. L. 8, § 2, ratam rem (XLVI, 8). Respecto de las estipulaciones libres, el *quanti res est* equivale tambien á *quanti interest*. L. 38, § 2, de V. O. (XLV, 1), comparada con la L. 81, pr. eod.
(*a*) L. 68, de rei vind. (VI, 1) «non pluris quam quanti res est, *id est quanti adversarii interfuit*, comdemnandus est., L. 71, cod. «quanti res sit.»
(*b*) V. el tratado, § 316, nota *u*.

y no en su valor venal; pero vemos expresado este contraste bajo esta inusitada forma: la accion no tiene por objeto el *quanti res est* (*a*). Ulpiano es ciertamente el autor de este texto; pero como cita á Neracio, puede considerarse esta locucion como perteneciendo exclusivamente al último jurisconsulto.

XI.

Ciertas contravenciones que durante el curso de un litigio podían ser cometidas contra la autoridad judicial, entrañaban una accion penal, cuyo objeto era, no el interés con frecuencia insignificante, sino una pena pecuniaria igual al valor venal del objeto litigioso. Este contraste se expresa del siguiente modo: la accion *no tiene* por objeto el interés, sino el *quanti res est* (*a*). Esta locucion difiere de la adoptada ordinariamente, pero difiere ménos que á primera vista parece. En efecto, la cosa que se distingue aquí del interés y que se designa por *quanti res est,* no es como en el caso anterior el valor venal, sino el objeto del litigio; de manera que en ambos casos versa el contraste sobre cosas de una naturaleza muy diferente.

XII.

La *actio vi bonorum raptorum* tiene por objeto el cuadruplo del valor de la cosa robada, comprendiendo en dicho cuadruplo el *simplum*, es decir, que comprende el triple del valor á título de pena. Aquí no se sigue la misma regla que respecto de la *furti actio* (número V-VII), pues el *simplum* no es ya el interés del demandante, sino el valor venal (*a*). Ignoramos el motivo de esta diferencia; pero evidentemente no tiene relacion con la fraseología que nos ocupa, pues no vemos en ninguna parte que las palabras *quanti res est* hayan sido empleadas á proposito de esta accion.

Dicha observacion se aplica tambien á la *actio de rationibus distrahendis*, segun la cual el tutor que ha distraido una cosa perteneciente á su pupilo debe devolver el doble de su valor. Este doble valor comprende el *simplum*; y el *simplum* no es el interés, sino el

---

(*a*) L. 9, § 8, ad exhib. (X, 4): «Et ideo Neratius ait, *utilitatem actoris* venire in æstimationem, *non quanti res sit*: quæ utilitas, inquit, interdum minoris erit quam res.»

(*a*) L. 1, § 4, si quis jus dic. (II, 3): «Hoc judicium non ad id quod interest, sed quanti ea res est concluditur.»—L. 5, § 1, ne quia eum (II, 7): «quo non id continetur quod in veritate est, sed quanti ea res est ab actore æstimata, de qua controversia est.»

(*a*) L. 2, § 13. vi bon. rapt. (XLVII, 8): «In hac actione intra annum utilem verum pretium rei quadruplatur, non etiam quod interest.»

valor venal (*b*). Pero aquí se conoce el motivo de esta disposicion especial. El *duplum* no era una verdadera pena, sino la estimacion más elevada de un interés presumido para dispensar al pupilo de una prueba dificil de suministrar. Por esta razon, el *simplum* no podía ser el interés (*c*).

XIII.

Por último la mayor dificultad resulta de dos textos de Ulpiano que por su generalidad aparente semejan contradecir todos los principios hasta aquí sentados.

L. 179 de V. S. (L. 16). Ulp. lib. 51 ad Sabinum: inter hæc verba *quanti ea res erit*, vel *quanti eam rem esse* paret nihil interest: in utraque enim clausula placet veram rei æstimationem fieri.

L. 193, eod. Ulp. lib. 33 ad Ed.: hac verba, *quanti eam rem paret esse*, non ad quod interest, sed ad rei æstimationem referuntur.

Importa poco que éstos no hablen del *quanti res est*, sino del quanti esse *paret*, puesto que declaran sinónimas ambas expresiones y dicen que las dos designan el valor venal y no el interés. Las variantes *apparet* y *paret* que se encuentran frecuentemente no nos ofrecen ningun recurso.

Réstanos, pues, únicamente recurrir al principio segun el cual en caso de colision entre reglas abstractas y decisiones concretas, éstas últimas expresan el verdadero sentido del derecho (*a*). Debemos tambien avanzar un paso más y acusar ménos á Ulpiano que á los compiladores. Si supiésemos á quien corresponden estos textos en la obra original, desapareceria la contradiccion, pues sin duda se debe únicamente á la apariencia de generalidad que aisladamente presentan en el Digesto. De las inscripciones de estos dos textos se pueden sacar algunas lejanas presunciones. La L. 179, citada, está tomada de un libro de Ulpiano ad Sabinum, relativo principalmente á la jurisdiccion (*b*); acaso nuestro texto se aplicaba á una accion penal pretoriana referente á la jurisdiccion de la violacion y sabemos que para algunas acciones de esta especie se empleaba esta fraseología excepcional (núm. XI). La L. 193 cit. está tomada de un libro ad Edictum que trataba de ciertas acciones, la mayor parte muy antiguas, que tenían gran analogía con

(*b*) L. 1, § 20, de tutelæ (XXVII, 3): «Considerandum est in hac actione, utrum pretium rei tantum duplicetur, an etiam quod pupilli intersit? Et magis esse arbitror, in hac actione quod interest non venire, sed rei tantum æstimationem »

(*c*) V. el tratado, § 212, notas *k*, *l*, *m*, *n*.

(*a*) V. el tratado, t. I, § 44.

(*b*) Hommel, Palingenesia librorum juris, t. III, p. 588-589.

la *furti actio* (c); y pudiera ser que respecto de una de ellas se hubiese empleado la frase *quanti res est,* en el sentido inusitado del valor venal, de igual manera que para la *vi bonorum raptorum actio* se tomaba como *simplum* el valor venal y no el interés (número XII).

Muchos me objetarán que, aún admitiendo estas suposiciones como fundadas, serían estériles para nosotros, puesto que Justiniano ha dado á estos textos, por su insercion en el título de *verborum significatione,* fuerza de leyes generales de interpretacion. Aunque se pretendiera declarar la obediencia á todos los fragmentos de la compilacion, aún á aquéllos que son evidentemente erróneos, esta obediencia no tendría aquí ningun resultado; porque para todos los casos importantes de aplicacion tenemos respecto de estas frases reglas especiales de interpretacion muy diferentes (núm. II IX); luego dichas reglas especiales, en los determinados casos á que se refieren, deben ciertamente influir sobre las reglas generales.

(c) V. los títulos 47 del libro 4, 7, del Digesto.

APÉNDICE XIII.

STRICTI JURIS BONÆ FIDEI ACTIONES.

(§§ CCXVIII—CCXX).

I.

Debo hacer preceder la presente indagacion sobre esta division de las acciones, de algunas observaciones referentes á su denominacion.

El nombre de *bonæ fidei actio* se encuentra frecuentemente, y más adelante determinaré su origen.

Por el contrario el nombre de *stricti juris actio* se encuentra rara vez bajo esta forma precisa. El único texto auténtico dónde aparece, es el de las Instituciones, texto que contiene los más numerosos detalles sobre la division de las acciones.

§ 28, J. de act. (IV, 6): Actionum autem quædam bonæ fidei sunt, quædam stricti juris. Bonæ fidei sunt hæ: *rel.*

Un poco más adelante (§ 30, eod.), son llamadas *stricta judicia.* y en una constitucion de Justiniano se dice, con motivo de una accion: ex estipulatu actionem *stricto jure esse vallatam,* y no ex bonæ fidei descendere (*a*). Marciano la llama *actio stricti judicii* (*b*). Por último, el texto siguiente de Ulpiano, contiene una redaccion dudosa.

L. 3, § 2, commod. (XIII, 6): In hac actione sicut in cæteris bonæ fidei judiciis... rei judicandæ tempus... obserbatur: quamvis in *stricti,* litis contestatæ temp is spectetur.

Tal es la leccion del manuscrito de Florencia, leccion evidentemente viciosa. Si se necesitase una correccion, la más ligera sería

---

(*a*) L. un., § 2, C. de rei ux. act. (V, 13).
(*b*) L. 5, § 4, de in litem jur. (XII, 3).

sustituir *in strictis* à *in stricti; judiciis*, que se lee un poco más arriba, se sobreentendería naturalmente y *stricta judicia* resulta plenamente confirmado por el segundo texto de las Instituciones acabado de citar. Pero la Vulgata nos suministra una leccion más completa todavía: *in stricti juris judiciis* (*c*), y podemos atenernos á su autoridad. La leccion de Haloander, *in stricti juris* es satisfactoria en sí misma; pero no sabemos si se ha encontrado en los manuscritos ó si no es más que una transaccion supérflua entre el manuscrito de Florencia y la Vulgata.

La causa de que esta frase técnica se emplee tan rara vez, consiste en que para designar la misma clase de acciones, existe otra, cual es *condictio* (apéndice XIV). Esta última se encuentra con mucha frecuencia, y se emplea cuando como en los textos más arriba citados, se tiene necesidad de oponer directamente estas dos clases de acciones entre sí y de presentarlas como miembros de una division.

II.

Para desarrollar debidamente este asunto, tenemos que resolver dos cuestiones: primera, ¿cuál es la significacion práctica de esta distincion, y por consiguiente, qué interés ofrece la calificacion de una accion como *stricti juris* ó como *bonæ fidei?* segunda, ¿cuáles son los límites de esta distincion, y cuáles son, en general, las acciones de la primera especie, y cuáles las de la segunda?

La cuestion del valor práctico de esta distincion, nos lleva al contraste mucho más general de las acciones rigurosas y de las acciones libres (§ 218 del tratado), contraste que nos aparece aquí en una de sus particulares aplicaciones. Esta aplicacion, más frecuente é importante que las demás, ha sido tambien más cuidadosamente desenvuelta.

El signo distintivo de estas dos clase de acciones, consiste en general en la mayor latitud concedida al juez llamado á decidir sobre una *bonæ fidei actio* (*a*), latitud que ordinariamente se designa por la frase *officium judicis*. No se trata aquí del interés exclusivo del demandante ó del demandado, ni debe creerse que una ú otra clase de acciones haya sido introducida para favorecer á una sola de las partes. Esta latitud, concedida al juez, aprovecha unas ve-

---

(*c*) Tal es en efecto la leccion de las ediciones siguientes del Digestum vetus: Venet., Jenson s. a.; Norimb., Koberger, 1483, Venet., 1484; y ciertamente tambien varias otras ediciones.

(*a*) L. 7, de neg. gestis (III, 5): «quia tantumdem in b. f. judiciis officium judicis valet, quantum in stipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio.»

ces al demandante y otras al demandado, lo cual depende de las circunstancias (*b*).

III.

Favorecía al demandante dicha latitud, en cuanto que, si se trataba de un contrato, el juez debía tomar en consideracion, no solamente todas las cláusulas en él expresadas, sino tambien todas las que se usaban en los contratos del mismo género, las cuales cláusulas se suponen de este modo consentidas tácitamente por las partes (*a*).

La aplicacion más importante de este principio consiste en que el Juez debe fallar, no sólo sobre el objeto primitivo de la obligacion, sino sobre todas las extensiones de que es susceptible (*omnis causa*). Principalmente, si se trata de una deuda, debe ordenar el pago de los intereses á partir de la reclamacion hecha al deudor por el acreedor (*b*), cosa que no tenía lugar en la *stricti juris actiones* (*c*). Una vez formalizada la instancia, esto es, á partir de la *litiscontestatio*, ámbas clases de acciones quedan equiparadas, de modo que el juez debe siempre decidir sobre la *omnis causa* (*d*); sin embargo, en las *stricti juris actiones*, este efecto de la *litiscontestatio* no se extiende al pago de los intereses (*e*).

(*b*) En toda *b. f. actio*, el juez debe exigir caucion para la ejecucion de las obligaciones aun eventuales, y esto en interés de cada una de las partes. L. 38, pr. pro sócio (XVII, 2), L. 41, de jud. (V, 1). Séneca dice con razon que para una reclamacion fundada, el *judicium* favorece al demandante. (Tratado, § 218, *d*): pero esto debe entenderse del uso más limitado de las excepciones en las *sctrictijuris actio*, y tambien de los abusos que pueden hacerse de una pretendida equidad en las *bonæ fidei actiones*.

(*a*) L. 31, § 20, de æd. ed. (XXI: «...ea enim quæ sunt moris et consuetudinis, in bonæ fidei judiciis debent venire.»

(*b*) L. 32, § 2, de usuris (XXII, 1): «In bonæ fidei contractibus ex mora usuræ debentur.» L. 24, de pos. (XVI. 3): «Et est quidem constitutum, in bonæ fidei judiciis, quod ad usuras attinet, ut tantundem possit officium arbitri, quantum æstipulatio.» Segun esto, no debe creerse que los emperadores háyan introducido este principio: los rescriptos imperiales no hacen más que reconocerlo y confirmarlo.

(*c*) Así aparece ya en los textos citados (nota *b*), que prescriben lo contrario para las *bonæ fidei actiones*. La obligacion de los intereses se encuentra tambien expresamente denegada para varias *stricti juris actiones*. L. 24, de poss. (XVI, 3), para el préstamo de dinero; en la L. 1, C. de cond. ind. (IV. 5) respecto de la *condictio indebiti*.

(*d*) L. 2, L. 3, § 1, L. 10, L. 38, § 7, de usuris (XXII, 1), L. 31, pr. de reb. cred. (XII, 1), L. 51, pr. fam. herc. (X, 2), L. 91, § 7, de leg. 1, (XXX, un.) L. 8, de re jud. (XLII, 1), L. 35, de V. S. (L. 16).

(*e*) Se desprende así claramente de Gayo, IV, § 52, y de la L. 23, C. de usuris (IV, 32). Véase Madai Mora, p. 369, Liebe Stipulation, p. 52. Pero el demandante que reclamaba un préstamo de dinero no experi-

En la *bonæ fidei actio* el juez podía tomar en consideracion toda clase de interés del demandante, áun el fundado en relaciones puramente individuales (el valor de afeccion) (*f*), en la *stricti juris actio* no se tenía en cuenta este interés (*g*).

IV.

Por otro lado, esta misma latitud de los poderes del juez podía ser muy beneficiosa para el demandado.

La excepcion, en virtud de la cual podía rechazarse la reclamacion del demandante, ó reducirse á una suma menor, no podía ser acogida por el juez en la *stricti juris actio,* si dicha excepcion no venía expresada en la fórmula. Esta restriccion no existía para la *bonæ fidei actio:* el juez podía y debía tener en cuenta la excepcion, aunque el demandado no la hubiera conocido hasta despues de la instancia, como por ejemplo, si entónces había descubierto el fraude practicado por su adversario (*a*). Una aplicacion impor-

---

mentaba ningun perjuicio, porque la *sponsio tertia partis* garantizaba sus intereses.

(*f*) L. 54, pr. mand. (XVII, 1): «...placuit enim prudentioribus, affectus rationem in bonæ fidei judiciis habendam.»

(*g*) Este principio resulta claramente de la regla contraria expresada para los *b. f. judicia* (nota *f*). Se encuentra además, declarado de una manera directa en el siguiente texto: L. 33, ad L. Aquil. (IV, 2): «Si servum meum occidisti, non affectiones æstimandas esse puto... sed quanti omnibus valeret. S. quoque Pedius ait, pretia rerum non ex affectione, nec utilitate singulorum, sed communiter fungi.» Es evidente que no debe darse el nombre de *stricti juris* á la *actio legis Aquiliæ*; más no por eso dejaba de ser una accion rigurosa, y el juez debía seguir con ella la misma regla que con las acciones *stricti juris.* Desarrollaré esta materia más adelante.

(*a*) L. 3, de rescind. vend. (XVIII, 5): «...bona fidei judicio exceptiones pacti insunt. «L. 21, sol. matr. (XXIV, 3): «...cum enim doli exceptio insit de dote actioni, ut in cæteris bonæ fidei judiciis...» L. 84, § 5. de leg. 1 (XXX, un): «...quia hoc judicium fidei bonæ est, et continet in se doli mali exceptionem.» Ha sido expuesta esta regla de la manera más completa en la L. 7, § 5, 6, de pactis (II, 14). Estos textos no hablan ciertamente más que de la *doli* y de la *pacti exceptio*; de donde podría inducirse que es preciso limitar la regla á las excepciones que se derivan del *jus gentium* y excluir las de un orígen más positivo, tales como la *rei judicata, sc. Velejani exceptio,* etc. Pero esta restriccion contradiría otra regla que declara que toda excepcion contiene en sí la *doli exceptio*; pues el demandante, al ménos «nunc petendo facit dolose.» L. 2. § 5, de doli exc. (XLIV, 4). V. L. 36, de V. O. (XLV, 1). Hé aquí la fórmula de la doli exceptio: si in ea re nihil dolo malo factum sit, *neque fiat.* Gayo IV, § 119. Puede resumirse así el completo encadenamiento de las ideas: con arreglo á las palabras ex *fide bona*, el *arbiter* debía tomar en consideracion la *doli exceptio*; para abrazar todas las excepciones se estableció como regla general que la accion misma constituyese un *dolus*, si había sido ejercitada desconociendo la justicia de una excepcion.

tanto de este principio para las *bonæ fidei actiones*, era la admision de la compensacion, aunque no se hubiera mencionado en la *formula* (*b*). Antiguamente no podía ser invocada en una *stricti juris actio*. Marco Aurelio permitió insertarla como excepcion en la *formula*; Justiniano la extendió á toda clase de acciones (*c*).

Hé aquí otra aplicacion de este principio. En la *stricti juris actio*, una reclamacion contraria á las costumbres no podía ser rechazada sino por una excepcion expresamente concedida (*d*); en la *bonæ fidei actio*, semejante reclamacion debía ser siempre rechazada por el juez (*e*). De igual manera el derecho de retencion no es más que una simple aplicacion de la *doli exceptio*, y por consiguiente, para oponer el derecho de retencion á la *rei uxoriæ actio* no era necesario el mandato expreso del pretor.

Si la accion se fundaba en una *culpa* cometida por el demandado, la *bonæ fidei actio* admitía el temperamento de considerar que el acto jurídico no proporcionaba ninguna ventaja al demandado (*f*).

V.

Esta amplitud de los poderes del *judex*, que presento como el signo característico de la *bonæ fidei actio*, no es siempre de igual naturaleza. En la mayor parte de los casos se refiere á derechos ciertos de las partes, que el pretor no podía modificar, tales como los intereses moratorios (III, *b*) y la apreciacion más indulgente de la culpa (IV, *f*). En un caso, por el contrario (IV, *a*), se refiere únicamente á la posicion del *judex* respecto al pretor, es decir, á la observancia más ó ménos literal de la *formula* que servía de regla al *judex*.

(*b*) Gayo IV, § 61, 63; § 30, J. de act. (IV, 6), I, 18, 4 commod. (XIII, 6). Sin embargo, no es este un simple desenvolvimiento de la regla de que acabo de hablar; aquí se muestra un nuevo principio de derecho, cuya adopcion ha sido progresiva. Así, en tiempo de Gayo la compensacion se verificaba únicameute *ex eadem causa*, es decir, de una manera muy limitada: restriccion que no existe ciertamente en el derecho Justinianeo. V. t. I, § 45, *d*.

(*c*) § 30, J. de act. (IV, 6).

(*d*) L. 8, de cond. ob turpem (XII, 5): «Si ob turpem causam promiseris Titio, quamvis, si petat, exceptione doli mali, vel in factum summovere eam possis...»

(*e*) L. 5, de usuris (XXII, 1): «Generaliter observari convenit, bonæ fidei judicia non recipere præstationem quæ contra bonos mores desideretur.»

(*f*) L. 108, § 12, de leg. 1 (XXX, un) «,..sicut in contractibus fidei bonæ servatur, ut si quidem utriusque contrahendis commodum versetur, etiam culpa, sin unius solius, dolus malus tantum modo præstetur.» V. L. 5, § 2, commod. (XIII, 6).

Aquí, como en general sucede para las acciones rigurosas ó libres (tratado, § 218), esta restriccion ó esta amplitud de los poderes correspondía á la cualidad del juez, el cual, para la *stricti juris actio* debía ser tomado del *album* de los *judices*, limitacion que no existía para el *arbiter* en la *bonæ fidei actio*. Evidentemente se concedía una confianza mayor al *arbiter* de la *bonæ fidei actio*. Pero no debe creerse que descansara esta confianza en una presuncion de superior mérito en la persona del *arbiter;* pues sería absurdo sospechar de la capacidad ó de la moralidad de un juez únicamente porque su nombre estuviera inscrito en el *album* de los *judices*. Esta confianza parece más bien resultar de que las partes tenían una influencia más directa y positiva sobre el nombramiento del *arbiter*, que sobre el del *judex* de una *stricti juris actio;* por lo cual, pudiendo el *arbiter* ser considerado como persona de su eleccion, no podía inspirarles inquietud alguna la amplitud de sus poderes (tratado, § 208, *f*).

VI.

Paso á la segunda cuestion más arriba expuesta (núm. II): ¿cuáles son las acciones que deben colocarse en cada una de estas dos clases?

El error fundamental que ha impedido hasta aqui comprender los verdaderos principios de la materia, se debe á que se ha considerado esta division como una division general que abraza todas las acciones, miéntras que versa únicamente sobre las acciones de una clase especial y muy limitada (tratado § 218.) En efecto, esta division se aplica.

1) Unicamente á los *ordinaria juditia.*

2) Entre éstos, solamente á las acciones civiles.

3) De ellas únicamente á las acciones *in personam.*

4) Y entre éstas, solamente á las acciones fundadas en contratos ó cuasi contratos (§ 218, *i*); ó en otros términos, á las acciones quo resultan de los actos jurídicos y no á los delitos.

Las primeras palabras del texto de las instituciones indican ya una restriccion en su objeto: § 28, J. de act. (IV, 6): «Actionum autem *quædam* bonæ fidei sunt, *quædam* stricti juris» y principalmente si se compara con uno de los textos que preceden: § 1, J. eod: «*Omnium actionem,* quibus inter aliquos de quacunque re quæritur, *summa divisio* in duo genera deducítur: aut enim in rem sunt, aut in personam.»

Síguese presentar la prueba de mi anterior afirmacion respecto de las diferentes clases de acciones que, en mi sentir, deben ser excluidas enteramente de esta division; y para ello voy á enumerarlas.

Desde luego están excluidas las acciones civiles que nacen de los delitos, acciones, en general poco numerosas, y principalmente la *furti* y la *legis Aquiliæ actio*. Esta clase de acciones no figura en la lista de las *bonæ fidei*; y cuando trate de las *condictiones* se verá que el nombre de *stricti juditis actiones* no les corresponde tampoco.

Están excluidas además, todas las *in rem actiones*. Así resulta de los textos siguientes;

a) L. 5, pr. § 4, de in litem jur. (XII, 3) «In actionibus *in rem* et in ad exhibendum, *et in bona fidei judicis*, in litem juratur. Plane interdum *et in actiones stricti judicis* in litem jurandum est.» Aquí evidentemente, todas las *in rem actiones* se encuentran opuestas, tanto á las bona fidei, como á las *stricti juris actiones*, y más ó menos asimiladas las unas á las otras, solamente con relacíon al juramento.

b) § 30 J. de act. (IV, 6)- Hé aquí la aplicacion de las ideas expresadas en este texto. La compensacion no fué admitida primeramente más que en las *bona fidei judicia* sin excepcion. Más tarde la extendió Marco Aurelio á los *stricta judicia*, por medio de la *doli exceptio*. Por último, Justiniano hizo su aplicacion casi general: ut actiones ipso jure minuant *sive in rem sive inpersonam, sive alias quascumque*: excepta sola depositis actíone. El sentido de este texto debe ser completado del siguiente modo: antiguamente estaban excluidas de la compensacion todas las *in rem actiones* y acaso, muchas otras; ahora se aplica la compensacion de una manera general á las acciones tanto *in rem* como *in personam* y tambien á todas las acciones antiguamente excluidas.

c) § 31, J. de act. (IV. 6). Despues de haber definido la *arbitraria actio* continua el texto: «sed *ista quidem actiones,* tam in rem. quam in personam inveniuntur» lo cual evidentemente se refiere á las *bonæ fidei* y *stricti juris actiones,* de que se acaba de hablar y entre las cuales no se hallan ningunas *in rem actiones.*

Se excluyen tambien todas las acciones pretorianas. En efecto, lo que caracteríza á la *bona fidei actio* es la insercion en la *intentio* de las palabras *ex fide bona;* ahora bien en la *intentio in jus concepta* estas palabras servían para mitigar el rigor del dare sacere *oportet*; por lo cual no tendrían sentido en una *intentio in factum concepta,* de igual manera que en todas las acciones pretorianas, sin excepcion *(a)*. Se me podría objetar aquí un texto del Digesto,

---

(*a*) Asi se desprende claramente de la doble fórmula de la *depositi actio*, segun Gayo IV, § 47. La fórmula *in jus* está concebida de la siguiente manera: «Quidquid dare facere oportet *ex fide bona*; la adicion es aqui necesaria para modificar el *oportet*, que de otra manera sería ilimitado. En la fórmula *in factum*: «Si paret Agerium mensam argen-

donde á propósito de una accion pretoriana, y por consiguiente *in factum*, se dice que es permitido en ella hacer mencion de la *bona fides (b)*. Pero esta mencion difiere esencialmente de la cláusula característica de las *bonæ fidei actiones*, pues la mencion dicha no tiene otro objeto que evitar la palabra injuriosa de *dolus*, conservando todo su sentido. Así la *bona fides* sirve para calificar los hechos de la *intentio in factum concepta*, no para mitigar el rigor del *oportere*; de manera que esta accion no tiene realmente de comun con la *bona fides actio* más que el empleo de la frase *bona fides*.

Por último se excluyen de esta division las *extraordinaria actiones*, afirmacion que no puede ser controvertida, porque en estas últimas acciones no había *judex* y se sabe que la posicion de éste constituye el interés principal de la mencionada division.

VII.

Las numerosas acciones que acabo de referir están, pues, fuera de la division de las *stricti juris* y *bonæ fidei actiones*; mas no por esto debemos omitir averiguar si por su naturaleza y por sus formas jurídicas, tienen mayor ó menor afinidad con la una ó con la otra clase de acciones; pues el contraste ya conocido de las rigurosas y libres tiene una generalidad más alta, y por consiguiente, cada una de las acciones eliminadas debe encontrar un lugar distinto en dicho contraste. Tenemos, pues, que examinar si estas acciones eran llevadas ante un *judex* ó ante un *arbiter*; por donde vendremos á conocer si eran ó no juzgadas con la misma amplitud

---

tem depossuisse», la adicion *ex fide bona* no tendría sentido, puesto que se trata de un simple hecho, y por esta causa no se expresa dicha adicion. Estas dos fórmulas no motivan ninguna diferencia en los poderes del juez; únicamente la peligrosa palabra *oportere* exigía una redaccion particular. Lo que aquí nos aparece como una precaucion excepcional respecto de un pequeño número de acciones, debe considerarse como regla general para las acciones pretorianas, cuya redaccion era siempre *in factum*, sin que la latitud de los poderes del *arbiter* haya necesitado nunca de la adicion *ex fide bona* expresada en la fórmula.

(*b*) L. 11, § 1, de dolo (IV, 3). La *actio de dolo*, dice Ulpiano, no debe ser concedida á los hijos contra sus padres ó ascendientes, ni á los libertos contra sus patronos etc. «Quid ergo est? in horum persona dicendum est, in factum verbis temperandam actionem dandam, *ut bona fidei mentio fiat*.» Es decir: no debe ser redactada la *intentio* en la fórmula ordinaria: «Si paret *dolo* malo Negidii factum esse», rel. y Ciceron, de acuerdo con Ulpiano, nos enseña la forma en que debia ser redactada, ad Att, VI, 1, med. «si ita negotium gestum est *ut eo stari non oporteat ex fide bona*» ó tambien en otros términos; pero siempre de manera que apareciese la idea del *dolus* sin expresar la palabra (V. Heffter, Observ. in Gaji, comm. IV, p. 79) Las palabras *ex fide bona* sirven únicamente para caracterizar el hecho y *oporteat* no tiene la significacion jurídica rigurosa que le corresponde en la *intentio in jus concepta*.

de poderes que las *bonæ fidei actiones*. De aquí resulta que esta determinacion rígurosa, que excluye tan gran número de acciones, influye más bien sobre la fraseología que sobre el fondo de las cosas.

VIII.

Considero las acciones civiles fundadas en los delitos como acciones rigurosas, *judicia*, propiamente dichos. En efecto, su *intentio* tenia por objeto *damnum decidere oportere* (*a*) es decir, un *oportere* sin mitigacion alguna, precisamente como las *stricti juris actiones*. Respecto á la *actio legis Aquila*, en particular sabemos que no permitia tener en cuenta el valor de afeccion (núm. III (*g*), en lo cual difiere de las *bona fidei actiones*; y aquí podemos encontrar una confirmacion particular del punto de vista general que he adoptado. La naturaleza rigurosa de estas acciones no ofrecía un gran interés, porque eran rara vez aplicables á las diversas relaciones que, en la práctica, daban importancia á la distincion de la *sticti juris* y *bona fidei actiones* (núm. III-IV).

La regla que acabo de exponer comprende, pues, las acciones siguientes: actio furti nec manifesti, oblati, concepti (*b*), de tigno juncto (*c*), arborum furtim cæsarum (*d*), legis Aquiliæ, injuriarum ex lege Cornelia (*e*). La mayor parte de las acciones fundadas en los delitos no pertenecen á esta clase, porque eran acciones pretorianas: tales son, principalmente, la accion de inju ias *astimatoria* y la *actio furti manifesti* (*f*). El nombre de *stricti juris actio* no les era aplicable; sin embargo, eran evidentemente juzgadas por analogía con las reglas establecidas para las acciones rigurosas (*g*).

IX.

Las *in rem actiones* civiles eran en general acciones libres ó *arbitria*, y por consiguiente, eran tratadas como las *bonæ fidei actiones*, por más que no pueda imponérseles esta denominacion.

(*a*) Gayo, IV, § 37, 45.
(*b*) Gayo, III, § 190, 191.
(*c*) Dig. XLVII, 3.
(*d*) Dig. XLVII, 7.
(*e*) L. 5, L. 37, § 1, de injur. (XLVII. 10), § 8, J. eod. (IV, 4.)
(*f*) Gayo, III, § 189.
(*g*) Así, Marco Aurelio habia extendido la aplicacion de la compensacion á las acciones *stricti juris* (por medio de una *doli exceptio*) (Número IV, *c*) La L. 10, § 2, de compens. (XVI, 2), nos muestra que esta aplicacion tenía ya lugar en tiempo de los antiguos jurisconsultos, para las acciones nacidas de un delito.

Comienzo por la propiedad. En la época del completo desarrollo del procedimiento por fórmulas, la accion resultante de la propiedad podía ser ejercitada de tres maneras diferentes: por una *sacramenti legis actio* deducida ante los centunviros, *per sponcionem*, y por una *petitoria formula* (*a*). La primera forma era indudablemente exigida cuando el objeto litigioso tenía un gran valor, y probablemente el demandado podía elegir entre las dos últimas.

No tenemos que ocuparnos de la accion que se ejercitaba ante los centunviros, puesto que se encuentra fuera del *ordo judiciorum* (tratado, § 213). Ignoramos por completo si su aplicacion era rigurosamente libre; el derecho justinianeo no ha conservado ningun vestigio de ella. La accion *per sponcionem* no era de modo alguno *in rem;* por medio de una estipulacion forzada, el debate entre el propietario y el poseedor, revestía artificialmente el carácter de un contrato y la accion resultante de la estipulacion, era una *stricti juris actio* que en último resultado motivaba la decision del litigio relativo á la propiedad. Así, pues, de las acciones resultantes de la propiedad, la *petitoria formula* era la única que tuvo el carácter de una pura *in rem actio;* dicha accion es la que las fuentes del derecho nos presentan como la *reivindicacio*. Era una accion libre, un *arbitrium*, y el *arbiter* tenía precisamente la misma latitud de poderes que respecto de una *bonæ fidei actio*. Esta latitud de poderes se muestra desde luego en la circunstancias de que el juez debía rechazar la demanda, si el demandado no poseía, aunque semejante circunstancia no se hubiera expresado en la *formula* (*b*); muéstralo, tambien, el hecho de ser susceptible el juicio de la misma extension que si se tratase de una *actio bonæ fidei* (*c*).

Las servidumbres estaban protegidas como la propiedad, por una *petitoria formula*, que en este caso se llamaba *confessoria actio*. Aquí tambien el libre *officium judicis* está atestiguado por las fuentes (*d*).

Protegían el derecho de sucesion de igual manera que la propiedad, tres formas de acciones. Ciceron menciona la *sacramenti*

(*a*) Gayo, IV, § 91-95.

(*b*) L. 9, de rei vind. (VI, 1). «*Officium autem judicis* in hac actione in hoc erit, ut judex inspiciat, an reus possideat.» Independientemente de esta ley las fórmulas mismas nos manifiestan que no se expresaba esta condicion. Gayo, IV, § 92. Ciceron, in Verrem, II, 12. (Véase el tratado § 209, *c*).

(*c*) L. 68, de rei vind. (VI, 1). L. 91, pr. de V. O. (XLV, 1) «...in vindicatione hominis, si neglectus á possessore fuerit, culpa hujus nomine senetur possessor...» Qúando la accion resulta de la estipulacion esta obligacion no existe.

(*d*) L. 7, si servitus (VIII, 5).

legis actio, y la accion *per sponsionem* (e). La *petitoria formula* es la que en este caso se designa como *hereditatis petitio*, en las compilaciones de Justiniano. Respecto de ella, tambien uno de los objetos del *officium judicis* consistía en determinar si el demandado estaba en posesion (f); de igual modo, el *arbiter* debía tener en cuenta varias excepciones aunque no se hubieran expresado en la fórmula (g). Esta accion, tenía pues, una naturaleza tan libre como las *bonæ fidei actiones*. Justiniano nos dice que se había discutido sobre si era ó no una bonæ fidei actio, y él le atribuye este carácte (h). Ignoramos el sentido de esta antigua controversia; y en cuanto al nombre de *bonæ fidei actio*, debemos por analogía con otras acciones, declararlo impropio. Acaso esta controversia y esta denominacion se funden en las circunstancias de que la *hereditatis petitio*, comparada con otras *in rem actiones*, tiene una naturaleza particular, por consecuencia de la restriccion que motiva en la persona del demandado (tratado, § 208, *k*), lo cual le da una semejanza con las acciones *in personam*. Además, las prestaciones personales, que en todas las acciones *in rem* pueden figurar como accesorias del objeto principal, tienen en esta accion ordinariamente una extension mayor; por eso es llamada tambien una vez *mixta personalis actio* (i), aunque esta diferencia puramente de hecho y enteramente relativa, no pueda hacer cambiar la naturaleza propia de la accion. Por último, á partir del senado-consulto del año 129, despues de Jesucristo, esta accion pudo con frecuencia ejercitarse, aunque todos los bienes de la sucesion se hubiesen ya enajenado ó hubiesen llegado á ser, por virtud de la *pro herede usucapio*, de la propiedad del poseedor (k), en cuyo caso, ciertamente, dicha accion no podía, sin el recurso de una ficcion, ser considerada como *in rem*.

Entre las *in rem actiones* fundadas en una relacion de familia, únicamente el *liberale judicium* es una accion civil; respecto á las demás que son acciones pretorianas, la cuestion que nos ocupa no tiene aplicacion (§ 216, *a*). Parece que el *liberale judicium* se instruía con preferencia ante los centunviros; llevado ante un solo juez, era probablemente un *judicium* riguroso.

(e) Ciceron, in Verrem, I, 45. Como la *petitoria formula* no se menciona aquí, pudiera creerse que ha sido introducida más tarde.
(f) L. 10, § 1, de her. pet. (V, 3).
(g) L. 58 de her. pet (V, 3): «...Respondi, et *si non exciperetur*, satis per *officium judicis* consuli.» Se alude aquí á la *doli exceptio*. Véase número IV, *a*.
(h) L. 12, § 3, C. de pet. her. (III, 31), § 28. J. de act. (IV, 6).
(i) L. 7, C. de pet. her. (III, 31).
(k) L. 20, § 6, de her. pet. (V, 3). Gayo, II, § 57.

X.

Las numerosas *honorariæ actiones*, eran todas, sin duda, acciones libres ó *arbitria*, de igual manera que los *bonæ fidei judicia*. No se les da este nombre, porque la latitud de los poderes del juez se implicaba por sí misma, y no había necesidad de que se expresara por la cláusula *ex fide bona* (núm. VI).

Por último, en cuanto á las *extraordinariæ actiones* es evidente que admitían la misma libertad de juicio que las *bonæ fidei actiones*. Al ménos, no podía haber lugar á restriccion en los poderes del *judex*, puesto que el magistrado mismo llenaba sus funciones.

XI.

Hasta aquí he tratado de la limitacion exterior de las *stricti juris* y *bonæ fidei actiones*, es decir, de su relacion con las acciones que le son extrañas (núm. VI-X). Fáltame fijar sus límites interiores respectivos, enumerando las diversas acciones que comprenden cada una de estas dos clases.

Por lo que toca á las *stricti juris actiones*, me contentaré con una revista general y sumaria. Se encontrarán más detalles en el apéndice especial sobre las *condictiones* (apéndice XIV).

Los casos á los cuales se aplicaba la *condictio* pueden referirse á tres clases: *datum, expensum latum, stipulatum* (*a*).

El *datum* comprende primeramente el préstamo; despues diferentes hechos, en virtud de los cuales, por error y sin motivo jurídico real, pueden atribuirse á otras personas partes de nuestros bienes. De donde resultan la *condictio indebiti, sine causa, ob causam datorum, ob turpem vel injustam causam, furtiva*, todas las cuales pertenecen incontestablemente á la *stricti juris actiones*.

Expensum latum es el antiguo contrato literal, cuyos efectos rigurosos no pueden ponerse en duda.

(*a*) Ciceron, pro Roscio, Com., C. 5: «Pecunia petita est certa... Hæc pecunia necesse est, *aut data, aut expensa lata, aut stipulata sit.*» Más arriba (C. 4) leemos: «Adnumerasse se negat: expensum tulisse non dicit, cum tabulas non recitat: reliquum est, ut stipulatum se esse dicat. Pærterea enim, quemadmodum certam pecuniam petere possit, non reperio.»—L. 9, § 3, de R. C. (XII, 1) «...ex omnibus contractibus hœc certi condictio competit, *vere re* fuerit contractus factus, *sive verbis*, sine conjunctim...» Se ha omitido *sive litteris*, porque esta forma de contrato no existia ya en tiempo de Justiniano. Los dos textos citados no hablan en realidad más que de la *certi* condictio, que tiene por objeto una suma determinada de dinero; pero todas las *stricti juris actiones* se derivaban necesariamente de cualquiera de las tres causas aquí enumeradas.

El *stipulatum*, por último, como base no ménos cierta de acciones *stricti juris*, es el más importante de estos casos. Debo, sin embargo, señalar dos aplicaciones diferentes de que era susceptible la estipulacion. En primer lugar, podía engendrar *stricti juris actiones*, que es el aspecto bajo el cual aquí figura; pero además, era en derecho romano, la única forma general de contrato que pudo emplearse para atribuir á una convencion cualquiera la garantía de una accion, y se concibe muy bien que en esta aplicacion importante hubiera podido dar nacimiento á una *bonæ fidei actio*. He de volver pronto sobre esta observacion. Considerada bajo este segundo aspecto, la estipulacion se distingue de los demás contratos, por ejemplo, la venta, la sociedad, el mandato, etc., en que nunca tienen más que un solo fin. Si la *expensilatio*, por la indeterminacion de su objeto, tiene analogía con la estipulacion, era, sin embargo, más restringida; pues únicamente se aplicaba á los negocios de dinero y nunca á cosas de otra especie ni á los trabajos.

Un hecho notable nos da á conocer cuán extenso y variado era el uso que podía hacerse de la estipulacion para motivar una accion privada, que de otro modo no hubiera existido. El año 512 de Roma, alcanzaron los romanos contra la flota de los cartagineses, una gran victoria, que hizo conceder al cónsul Lutacio los honores del triunfo. Pretendía el pretor Valerio que nadie había tenido mayor parte que él en dicha victoria, y queriendo que el asunto se decidiera por una sentencia, provocó una *sponsio* del cónsul, é inmediatamente fué nombrado un *judex* ordinario para resolver la diferencia (*b*).

Estas tres causas generadora de las *stricti juris actiones* se refieren todas á un sencillo principio que expondré en el apéndice siguiente sobre las *condictiones*.

XII.

No encontramos ningun principio general sobre la aplicacion de las *bonæ fidei actiones*; las Instituciones nos dan una lista (*a*)

(*b*) Valerio Máximo, II, 8, 2. La sponsio tenia sin duda por objeto una suma de dinero, probablemente de una manera ficticia, y por eso se parecía á la *sponsio præjudicialis* (como se vé en Gayo, IV, § 94). Se trataba únicamente de obtener una decision sobre la cuestion de honor. Esta manera de proceder, de igual manera que la *sponsio* judicial, está ordinariamente representada como un *pari;* y esta estipulacion recíproca (*sponsio* con *restipulatio*) constituye efectivamente un *pari*. Pero el empleo de la estipulacion era siempre lo que imprimía á estos pari un carácter jurídico.

(*a*) § 28, 29, J. de act. (IV, 6).

que contiene evidentemente, no simples ejemplos, sino la enumeracion completa de los casos de esta especie. Ciceron cita varios ejemplos que son muy semejantes á los de las Instituciones (*b*). El texto correspondiente de Gayo contenía tambien una lista completa de estas acciones; pero presenta ciertas lagunas y ha sido desfigurado por errores de copistas (*c*). Ninguno de los casos que enumeran estos diferentes textos está fuera de los límites asignados más arriba (núm. VI), á las *bonæ fidei actiones*. Hé aquí los casos que la Instituta enumera:

§ 28. Bonæ fidei sunt hæ: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum (*d*), mandati, depositi, pro socio, tutelæ, commodati, pignoratitia, familiæ herciscundæ, communi dividundo (*e*), præscriptis verbis quæ de æstimato proponitur et ea quæ ex permutatione competit (*f*), et hereditatis peti-

---

(*b*) Ciceron, Top., C. 17, de Officiis, III, C. 15, 17; de Natura deorum, III, 30; en este último texto distingue con gran habilidad los judicia de fide *mala* (que entrañaban la infamia como la *tutelæ*, etc.), et reliqua quæ *contra* fidem fiant (tales como la *emti*, etc.).

(*c*) Gayo, IV, § 62.

(*d*) Esta accion abraza tambien la *funeraria actio*, cuyo único carácter distintivo consiste, en general, en una extension todavía mayor de los poderes del juez. L. 14, § 13, de relig. (XI, 7).

(*e*) Se ha pretendido que esta última no estaba admitida todavía con tal carácter en tiempo de Gayo, á causa de la fórmula rigurosa: «Quantum adjudicari oportet, judex Titio adjudicato (IV, § 42). V. Heffter, Observ. in Gajum. comm. IV. Pero nada se opone á que se diga tambien «Quidquid dare facere oportet *ex fide bonæ*, condemnato.» Ya Juliano designaba esta accion como *bona fidei*. L. 24, pr. comm. div. (X. 3). Los testimonios de Ulpiano y de Paulo (L. 4, § 2, L. 14, § 1, eod.) no prueban nada á este respecto. La *actio finium regundorum* parece haber sido de propósito omitida; acaso en el antiguo derecho no constituia una *actio* ordinaria, sino un *arbitrium* enteramente especial, confiado á los *agrimensores*, los cuales, por lo demás, tendrían la misma latitud que el juez respecto de una *bonæ fidei actio*. Varios autores explican la omision diciendo que la *actio finium regundorum* resultaba *quasi ex maleficio* (Marezoll, en Linde, X, p. 290), afirmacion que no parece exacta. En efecto, en ésta, como en las demás acciones de particion, el juez debía tomar en consideracion la circunstancia accidental del *dolus;* pero este no era la base fundamental de la accion.

(*f*) Se ha pretendido que estos dos casos de la *actio præscriptis verbis* eran los únicos *bonæ fidei*, por ser los únicos que aquí se mencionan; mas no puede creerse que ninguno de los demás casos, tal como aparecen expuestos en la L. 5 præscriptis verbis (XIX, 5), haya sido *stricti juris*. Esto se encontraría en contradiccion con la generalidad de los términos de que se sirve Ulpiano en la L. 1, pr. de æstim. (XIX, 3): «quotiens enim de nomine contractus alicujus ambigeretur... dandam æstimatoriam præscriptis verbis actionem: *est enim negotium civile gestum, et quidem bona fide. Quare* omnia et hic locum habent, quæ bonæ fidei judiciis diximus.» Existe otra circunstancia no ménos decisiva. La accion contra el cui *rem inspiciendam dedit*, se funda en el *dolus* y no en la *culpa*, si no le produce ningun beneficio el depósito.

tio (*g*). El § 29 añade todavía la *actio rei uxoriæ*, reemplazada despues por una *actio ex stipulatu*, que es tambien una *bonæ fidei actio*.

Ciceron y Gayo, añaden, además, la *actio fiduciæ* (*h*), que se refería á la mancipacion, y que no existía ya en tiempo de Justiniano. Las Instituciones hubieran debido mencionar tambien las acciones fundadas en el *emphyteuticarios contractus*, porque se hizo de él un contrato especial, que si bien no está decidido si ha de considerarse como *emtio* ó como *conductio*, no por eso deja de ser *bonæfidei*, de igual manera que estos dos contratos. Acaso no ha sido mencionado por la razon de que en el tiempo en que vivía el emperador Zenon que lo introdujo (*i*), tenía ménos importancia que ántes la distincion de las *bonæ fidei actiones;* acaso, tambien, se hubieran contentado los redactores con copiar de un antiguo jurisconsulto esta lista de contratos.

La lista de las *bonæ fidei actiones* no ha sido arbitrariamente formulada. Comprende todas las relaciones de derecho que en la vida real se confían a la lealtad y á la buena fé, sin recurrir á formas rigurosas. De este modo se entendía que para las demás relaciones que se presentan con ménos frecuencia, era preciso emplear la fórmula de la estipulacion ó renunciar á la proteccion de una accion.

XIII.

En lo que toca á la relacion de estas dos clases de acciones entre sí, parecen considerarse ordinariamente las *stricti juris actiones* como acciones excepcionales ó privilegiadas, establecidas en varios casos para asegurar al demandante una proteccion más eficaz, como sucede hoy con la letra de cambio. Esta opinion debe ser rechazada desde luego, porque en esta clase de acciones las ventajas y las desventajas del demandante están confundidas

---

L. 17, § 2, de præscriptis verbis (XIX, 5) L. 10, § 1, L. 12, pr. comm. (XIII. 6). Pero este era uno de los caractéres distintivos del *bonæ fidei contractus*. L. 108, § 12, de leg. 1 (XXX. un). Segun el espíritu de la legislacion justinianea, estos dos casos sólo se citan, evidentemente, como ejemplos. Acaso el antiguo jurisconsulto, de quien se ha tomado el texto, lo entendiera así; acaso tambien estos dos eran los únicos á que se aplicaba en su tiempo la *actio præscriptis verbis*. Es evidente que no ha querido decir que esta accion no fuese aplicable en los demás casos, sino como *stricti juris actio:* al mencionar los citados dos casos de una manera exclusiva, niega la accion civil para los demás.

(*g*) V. núm. IX.

(*h*) Ciceron, de Officiis, III, 15, 17; ad familiares, VII, 12. Gayo, IV, § 62. V. apéndice XIV. núm. V. Tambien existía una *contraria fiduciæ actio*. Paulo. II. 13, § 7.

(*i*) L. 1, C. de j. emphyt. (IV, 66).

(núm. II-IV); y además, porque se encuentra refutada por la redaccion del texto citado de las Instituciones. En efecto, el texto citado no refiere los casos de las *stricti juris actiones*, sino los de las *bonæ fidei*, y no como aplicacion de un principio general, sino bajo la forma de enumeracion. Este método indica que las *stricti juris actiones* constituyen la regla y las *bonæ fidei* la excepcion.

Y esta relacion de excepcion y regla es efectivamente una realidad. Debemos admitir como base general del derecho de obligaciones un principio riguroso, á saber; que en general no admitía otras acciones y otros actos jurídicos que los designados hoy como acciones *stricti juris*. Estos bastaban á todas las necesidades; pues la estipulacion era una forma tan general que podía adaptarse á toda clase de contrato, venta, sociedad, mandato, etc. La ejecucion de estos actos jurídicos estaba protegida por un *judex* que fallaba en nombre del Estado; fuera de estos casos no se obtenía *judex*.

Pero en las diarias relaciones de la vida éra posible encomendarse, en un gran número de negocios, únicamente á la lealtad y á la buena fé, sin emplear la forma solemne de la estipulacion; la mayor parte de estos contratos se ejecutaban, como hoy, sin que hubiese necesidad de recurrir á un juez. ¿Pero si se suscitaba un debate sobre el modo de ejecucion, ó si una de las partes pretendía no deber nada, porque faltase la estipulacion, había de rehusarse toda proteccion judicial? Al acordar esta proteccion era muy natural tener en cuenta los usos seguidos por los hombres honrados y y la confianza recíproca que entre ellos existe (*bona fides, ut inter bonos*); y como se trataba, no de una obligacion rigurosa, segun el derecho civil, sino de la observacion de las buenas costumbres, se creyó conveniente conformar su aplicacion á este principio. El pretor obligaba á las partes á elegirse un juez, como se acostumbraba hacer sin su intervencion (*arbiter*), y encargó á éste resolver las diferencias, segun las reglas de una imparcial equidad, sin tener en cuenta las prescripciones rigurosas del derecho civil.

Podría darse á esta filiacion de las ideas y de las relaciones de derecho una significacion histórica. Podría decirse que durante largo tiempo no hubo otras acciones que las *stricti juris*, y que más tarde se admitieron las *bonæ fidei actiones*, para los casos en que ántes no existía accion. Esta hipótesis difiere enteramente de lo que acabo de exponer; pues nada se opone á que las *stricti juris* y *bonæ fidei actiones* hayan tenido un orígen simultáneo, que remontara al establecimiento del *ordo judiciorum*, es decir, del procedimiento por fórmulas. Por mi parte, me abstengo de manifestar aquí ninguna opinion sobre semejante cuestion histórica *(a)*.

(a) V. apéndice XIV, núm. XLVII, donde se trata esta cuestion con muchos detalles.

XIV.

La siguiente redaccion de las fórmulas atestigua que los romanos consideraban realmente el asunto como acabo de exponer. En las acciones rigurosas *(stricti juris actiones)* la *intentio* estaba concebida del siguiente modo:

Si paret Negidium centum (ú hominem) dare oportere.

O bien: quidquid Negidium dare facere oportet.

Esta última *intentio* se aplicaba á las acciones libres, pero con una adicion:

Quidquid Negidium dare facere oportet *ex fide bona.*

Esta adicion expresaba dos ideas correlativas: desde luego, que el *oportere* no debía entenderse segun el rigor del derecho civil, sino con arreglo á los usos seguidos por los hombres honrados; además, que para apreciar la obligacion debían tenerse en cuenta todas las circunstancias, con una igual solicitud para cada una de las partes.

La adicion *ex fide bona* era la más ordinaria; de aquí que esta clase entera de acciones es llamada *bonæ fidei actiones.* Respecto de algunas se empleaban otros términos, pero que tenían el mismo sentido; para la *actio fiduciæ,* por ejemplo, se empleaba: *ut inter bonos bene agier oportet* (*a*), lo cual equivale precisamente á *ex fide bona*; y en efecto, Ciceron y Gayo colocan esta accion entre las *bonæ fidei* (*b*).

De igual manera, para la *actio rei uxoriæ* había costumbre de emplear la frase *æquius melius* (*c*), no obstante lo cual, se cuenta tambien ciertamente entre las *bonæ fidei actiones (d).*

Observo, sin embargo, que esta última expresion (*æquius melius)* tiene una significacion particular; designa una libertad de apreciacion fundada más bien en las necesidades especiales de ciertas relaciones de derecho que en la naturaleza de la accion; libertad que no existe ordinariamente ni aun para las *bonæ fidei*

(*a*) Ciceron, de Off., III, 15, 17; ad fam., VII, 12; Top., C. 17. Vemos en el primero de estos textos que á la fórmula se añade además: *et sine fraudatione.*

(*b*) Ciceron, de Off., III, 17; Gayo, IV, § 62.

(*c*) Ciceron, de Off., III, 15; Top., C. 17. Se encuentran tambien alusiones literales á esta redaccion en el Dig. L. 66, § 7, sol. matr. (XXIV, 3), L. 82, de solut. (XLVI, 3).

(*d*) § 29, J. de act. (IV, 6), L. 36, de pec. (XV, 1): «In bonæ fidei contractibus... ut est in actione de dote agitatum... hoc *et in ceteris* b. f. *judiciis* accipiendum esse.» L. 21, sol. matr. (XXIV, 3) «...si... de dote ageret... *ut in ceteris* b. f. *judiciis.*» Estos textos son de un tiempo en que la frase *æquius melius* no estaba en uso (nota *c*).

actiones. Así, en las acciones pretorianas no se ponía la adicion *ex fide bona* puesto que la amplitud de poderes, concedida para las acciones *bonæ fidei*, se implicaba, entónces, por sí misma, y sin embargo, se insertaban algunas veces las palabras *æquius melius* para indicar que exigían una latitud de poderes todavía mayor. El pequeño número de acciones que tienen este carácter excepcional se llamaba *in bonum et æquum conceptæ* (*e*).

XV.

Para explicar completamente la naturaleza de las *stricti juris* y *bonæ fidei actiones* es preciso todavía indicar las diversas gradaciones que podían existir entre ellas.

Los poderes concedidos al *arbiter* tenían en todas las *bonæ fidei actiones* una extension próximamente igual (*a*). Pero la restriccion de los poderes del *judex* en la *stricti juris actiones* es susceptible de diversos grados. Segun la fórmula: si paret centum dare oportere, el *judex* no tenía otra alternativa que condenar en 100, á absolver al demandado. Por la fórmula: si paret fundum dare oportere podía además valuar la cosa en dinero. Por último, la fórmula: quidquid dare facere oportet, le daba todavía mayor latitud para determinar la suma que había de pagarse. Se vé, pues, que los casos de esta última clase tenían gran analogía con las *bona fidei actiones;* la redaccion de su *intentio* era tambien casi semejante: solo difería por la adicion *ex fide bona*.

XVI.

Los actos jurídicos destinados á engendrar exclusivamente una ú otra clase de acciones, y este es un punto más importante. podian ser modificados de manera que engendrasen acciones de la especie contraria. Se verificaba esta modificacion, unas veces por voluntad de las partes, y otras veces por mandato del pretor.

Las partes podían convertir en riguroso un acto jurídico libre por su naturaleza, dándole la forma de una estipulacion ó de estipulaciones recíprocas, cosa que podían hacer desde luego, ó más tarde por medio de una novacion. La estipulacion era, en efecto, la forma de contrato más general, más indeterminada; susceptible

(*e*) V. t. I, § 71, principalmente las notas *d, k:* Las acciones in bonum et æquum conceptæ eran aquellas respecto á las cuales la *formulæ conceptio* contenía las palabras *bonum æquum* ó *æquius melius*.

(*a*) Exceptuando, no obstante, las pocas acciones in bonum et æquum conceptæ, respecto á los cuales el *arbiter* tenía un poder aún más amplio (núm. XIV).

de aplicarse á toda clase de objetos, imprimía al acto su carácter exclusivo, aunque éste hubiera debido producir otra accion diferente ora fuese rigurosa, ora libre. Así, el préstamo verificado bajo la forma de una estipulacion engendraba una simple *verborum obligatio* (*a*); y otro tanto digo de la sociedad (*b*), de la venta, del contrato de arrendamiento etc., si se revestían de igual forma; en estos casos la *actio bona fidei* era absorbida por la accion que resultaba de la estipulacion, lo cual se verificaba conforme á la voluntad de las partes, que podían tener motivos particulares para preferir la accion rigurosa á la accion libre (*c*). La *literarum obligatio* servía principalmente, para hacer esta trasformacion (*d*).

XVII.

Reciprocamente las partes podían pretender que se comunicase la naturaleza de una obligacion y de una accion libre á la estipulacion, sin la cual, en muchos casos, no podía existir obligacion susceptible de engendrar una accion (núm. VI). Así se verificaba en efecto, por una cláusula especial inserta en la estipulacion misma, cláusula que consistía en que el deudor se obligaba á satisfacer una prestacion conforme á la *bona fides*. Con este fin podían ciertamente emplearse las palabras *bona fides*, pero tambien

---

(*a*) L. 126, § 2, de V. O. (XLV, 1): «...Quotiens pecuniam mutuam dantes eandem stipulamur, non duæ obligationes nascuntur, sed una verborum.» L, 6, § 1, L. 7, de novat. (XLVI, 2).

(*b*) Si la constitucion de la sociedad se formalizaba, desde luego, por escrito, é inmediatamente despues intervenía una estipulacion con el mismo fin, la obligacion primitiva *consensu contracta*, y por consiguiente *bonæ fidei* se encontraba absorbida de hecho en virtud de la novacion. L. 71, pr. pro socio (XVII, 2): «...si quidem pacto convento inter eos de societate facto ita stipulati essent: hæc ita dari fieri spondes? futurum fuisse, ut si novationis causa id fecissent, pro socio agi non possit, sed tota res in stipulationem translata videretur.» Por el contrario, si no había habido *pactum conventum de societate* y desde luego se hubiesen determinado por pregunta y respuesta las condiciones de la sociedad, no habría más que un solo contrato, á saber, la estipulacion y la novacion no hubiera tenido lugar. Así se declara formalmente respecto al préstamo en los textos citados en la nota *a*. Se encuentran varios ejemplos de donaciones y de contratos de venta con la cláusula final de la estipulacion en Spangenberg, Tabulæ negotiorum, núm. 22, 23, 26, 49, 50 52, *a*, 54, 55, 57. Era tambien muy frecuente formalizar una *nuda pactio* para todas las cláusulas de detalle, *pactio* que precedía ó que seguía á la cláusula confirmatoria de la estipulacion. L. 7, § 12, de pactis (II, 14) Paulo, II, 22, § 2, L. 27, C. de pactis (II, 3). Tambien hubieran podido enumerarse todas estas convenciones en la demanda; pero tal enumeracion hubiera sido ménos precisa y ménos clara.

(*c*) Se ha visto (núm. XI) que se empleaba la estipulacion para llevar ante un juez privado cuestiones de interés público.

(*d*) V. apéndice XIV, núm. IX.

se usaban las de *recte fide* (*a*); y aún la simple voz *recte* tenía tambien esta eficacia (*b*). Sin embargo, lo más frecuente era emplear la fórmula designada bajo el nombre de *doli clausula*, concebida de este modo: *dolum abesse abfuturumque* (*c*).

En semejante caso la accion no era por sí misma una *bona fidei actio*; y se llevaba no ante un *arbiter*, sino ante un *judex*. Solamente que con arreglo á la letra misma de la estipulacion, el *judex* debía juzgar como lo hubiera hecho un *arbiter* en una *bona fidei actio*; principio que se aplicaba no solamente á los intereses y á los frutos, sino tambien á las excepciones no insertas en la *formula* (*d*).

Esta circunstancia que se acaba de exponer, viene á explicarnos dos leyes pertenecientes á muy diferentes épocas, donde, respecto á acciones nacidas de estipulaciones ficticias, se habla de *bona fides*, cosa que ha confundido, sin razon justificada á los autores modernos. La primera es la *lex Galiæ Cisalpina*, la cual al rehusar la *damni infecti repromissio satisdatio*, concede, en los siguientes términos, acciones fundadas en estipulaciones ficticias:

C. 20, vers. 26, 27 «quidquid eum Q. Licinium ex ea stipulatione Sejo dare facere oporteret *ex fide bona.*»

Esta disposicion se repetía para la *satisdatio* en las líneas 35 y 36. Puede causar admiracion la lectura de las palabras *ex fide bona* en la *intentio* de una accion fundada en una estipulacion; las palabras dichas hubieran sido inútiles si el *judex* decidiese sobre una estipulacion que contuviera en realidad esta claúsula; se insertan, pues, aquí por precaucion, á causa de que las estipulaciones que debían motivar la accion eran simplemente estipulaciones ficticias.

(*a*) L. 122, § 1, de V. O. (XLV, 1): «Recte dari fieri fide.» V. Hushke, de actionum formulis, p. 31.

(*b*) L. 73, de V. S. (L. 16): «Hæc verba in stipulatione posita: eam *recte restituir* fructus continent. *Recte* enim verbum pro viri boni arbitrio est. Varios ejemplos de semejantes estipulaciones con la palabra *recte* pueden verse en Brissonio, Selectæ aut. I, 9.

(*c*) L. 38, § 13. 121, pr. L. 22, 53, 119, de V. O. (XLV, 1, L. 4, § 16, in f. de doli exc. (XLIV, 4), L. 31, de receptis (III, 8), L. 3, C. eod. (II, 56). En los documentos de Spangenberg (V. núm. XVI, 6) se encuentran varios ejemplos de esta fórmula.

(*d*) Cujacio, in L. 53, de V. O., opp., t. I, p. 1.198. Zimmern, Rechtsgeschichte, t. III, p. 184, 275. Hushke, de actionum formulis, p. 31. Unicamente que este último hace una distincion demasiado sutil al decir que el asunto se juzga segun la buena fé y no segun la obligacion misma. Con este objeto relaciona la *mora* y la *culpa* con los intereses; y con la obligacion las excepciones no expresadas. Pero expresamente declara que la *doli clausula* alcanza tambien al *stipulator qui dolo fecit* (V. los dos últimos textos citados en la nota c). Ahora bien; tal es precisamente el carácter de reciprocidad inherente á la *bona fides*, que obliga á admitir áun las excepciones no expresadas en la fórmula.

Bajo esta consideracion, sustituyó Justiniano á la *actio rei uxoria* una actio *ex stipulatu,* fundada en una estipulacion ficticia, con el fin únicamente de que la accion pudiera pasar á los herederos. El Emperador le concede la naturaleza de la antigua accion como *bona fidei actio*; y aquí es consecuente con el espíritu del antiguo derecho, pues crea sín duda alguna una estipulacion ficticia con la *doli clausula,* como precisamente lo había hecho ántes de el la lex *Galicæ Cisalpinæ.* Se separa únicamente del antiguo derecho al llamar *bona fidei actio* la nueva accion por él introducida (*e*). Esta denominacion hubiera tenido importancia antíguamente, puesto que atribuiría el conocimiento del negocio á un *arbiter* y no á un *judex*; pero como en tiempo de Justiniano no existían ya más que los *extraordínaria judicia,* el resultado de la accion y el contenido del juicio eran las únicas cosas de que tuvo que ocuparse.

Por otro camino podía llegarse á un resultado idéntico al que se obtenía añadiendo la *doli clausula* á una estipulacion. Bastaba para ello expresar en esta todas las obligaciones que resultarían de un *bonæ fidei contractus.* Cuando, por ejemplo, un propietario estipulaba con su colono: quidquid te mihi dare facere oportet (*f*); esta redaccion hacía que el contenido de la estipulacion abrazase todas las consecuencias que habrían resultado de la *locati actio.*

XVIII.

No solamente la voluntad de las partes convertía las acciones rigurosas, sino que frecuentemente tambien el pretor verificaba por sí esta trasformacion. No obstante, cuando se trataba de una medida de esta especie, el pretor se proponía, mas bien que sustituir el procedimiento riguroso al procedimiento libre, fijar por contrato penas determinadas; y la estipulacion era la única forma que podía emplearse para este efecto (núm. XI).

La *actio constitutæ pecuniæ* había sido introducida por el pretor, y, por consiguiente, era un *arbitrium*; pero con el fin de hacerla más eficaz, el pretor imponía al demandddo una estipulacion, por la cual prometía éste en el caso que sucumbiera, pagar, á título de pena, al demandado el 50 por 100 de la suma reclamada (*a*).

(*e*) § 29, J. de act. (IV, 6): «ex stipulatu actio, quæ pro ea introducta bonæ fidei tantum in exactione dotis meruit; *ut bonæ fidei sit.*» En la ley primitiva que se encuentra en el Código, está mejor elegida la expresion. L. un § 2, C. de rei ux. act. (V, 13): «accommodetur ei natura rei uxuriæ, *et bonæ fidei beneficium.*»

(*f*) L. 89, de V. O. (XLV, 1), L. 1, § 4, quar. rer. actio (XLIV, 5) L. 27, de novat. (XLVI, 2).

(*a*) Gayo, IV, § 171.

Los interdictos prohibitivos, tales como el *uti possidetis*, eran acciones pretorianas; pero siempre llevaban consigo penas resultantes de estipulaciones forzadas (*b*). La misma regla se aplicaba á los interdictos que tenían por objeto una restitucion ó una exhibicion; pero el demandante, de igual manera que el demandado, podía impedir esta aplicacion requiriendo una *arbitraria formula* (*c*).

Cuando la propiedad era el objeto del litigio, el demandante podía, á su arbítrio, deducir la accion rigurosa *per sponsionem* ó la accion libre de la *petitoria formula* (núm. IX). Esta facultad de eleccion parece no haber tenido otro objeto que la diferencia de que acabo de hablar. Evidentemente la *sponsio* tenía por contenido una suma de dinero; mas solamente en apariencia, porque esta suma no era reclamada; por otra parte, era tan pequeña dicha suma que no podía ser nunca considerada como un objeto sério (*d*).

XIX.

Por el contrario, el pretor daba frecuentemente á las acciones rigurosas el carácter de acciones libres; y debemos creer que así sucedía, siempre que la estipulacion forzada exigida por el pretor no tenía por objeto una pena (XVIII). Esta modificacion se operaba de igual manera que cuando era resultado de la voluntad de las partes (XVII): se insertaba en la estipulacion forzada la *doli clausula*, y desde este momento la *strictijuris actio*, que debía ser llamada siempre ante un *judex*, producía los mismos efectos que una *bonœ fidei actio*, sustanciada ante un *arbiter*.

Voy á enumerar seguidamente los casos de estipulaciones forzadas en que sabemos con certeza que se añadía á la estipulacion la *doli clausula*.

La estipulacion de la caucion que el usufructuario debe prestar como garantía para el propietario (*a*).

La caucion que tiene por objeto detener los efectos de una *operis novi nunciatio* (*b*).

La estipulacion relativa al *damnum infectum* (*c*).

(*b*) Gayo, IV, § 151.
(*c*) Gayo, IV, § 141, 162-165. Aquí se habla casi siempre del demandado, porque era una cosa extraordinaria que pudiese escapar á la *sponsio* provocada por el demandante. No tengo necesidad de decir que éste pudo desde el principio escoger entre ambos medios.
(*d*) Gayo, IV, § 93, 94.
(*a*) L. 5, pr. usufr., quœmadm. cav. (VII, 9).
(*b*) L. 21, § 2, de op. novi nunc. XXXIX, 1).
(*c*) Aquí no encontramos un testimonio tan positivo como respecto de los demás casos; pero la latitud concedida al juez por la L. 28, y la L.

Diversas cauciones relativas á los legados (*d*).

La caucion *judicatum solvi* (*e*) y la *ratam rem haberi* (*f*).

Además, y esto es más importante todavía, acaso se empleaban semejantes estipulaciones con *doli clausula* en cada *litiscontestatio*, miéntras que subsistió el *ordo judiciorum*, cuya abolicion sea quizás tambien la causa de haberse omitido en las fuentes del derecho la mencion de dichas estipulaciones. Esta es la única explicacion natural que puede darse del hecho, más arriba indicado (número III, *d*, *e*), de que despues de la *litiscontestatio* toda *obligatio stricti juris* producía los mismos efectos que los *bonæ fidei contractus* y admitía toda la amplitud de que el objeto era susceptible (omnis causa).

Por último, por separado de todas estas modificaciones, el pretor acercaba las acciones rigurosas á las libres, al conceder una *doli exceptio* siempre que la demanda no estaba suficientemente justificada. Era, en efecto, un privilegio inherente á las *bonæ fidei actiones* que el juez pudiera por sí mismo tomar en consideracion las excepciones que se presentaban en la causa. El pretor no estaba obligado á someterse á esta distincion (núm. V).

XX.

Si resumimos las transiciones verificas en las dos clases de acciones (núm. XVI-XIX), vemos una tendencia pronunciada á dar á las acciones rigurosas una naturaleza más libre. De aquí podemos inducir que el carácter especial de las *stricti juris actiones* no se consideraba como un tipo de perfeccion, sino como una regla que se derivaba del antiguo derecho, y de la cual se trataba insensiblemente de sustraerse. En este punto se siguió la misma marcha que en las demás instituciones del derecho romano. La modificacion no se verificó bruscamente y por una decision legislativa. Se recurrió en los casos particulares á mitigaciones hábilmente relacionadas con la antigua regla que trasformaba; de manera que durante largo tiempo la forma rigurosa y la forma libre subsistieron la una al lado de la otra, dejando un campo bastante extenso al ejercicio de las voluntades individuales.

40, pr. de damn. inf. (XXXIX, 2) no nos permite dudar de que la *doli clausula* no fué insertada ordinariamente. Huschke, de actionum formulis p. 31. Por lo demás era esto unas veces una simple *repromissio* otras veces una *satisdatio*.

(*d*) L. 1. pr, § 3, si cui plus (XXXV, 3), L. 1, pr. ut legat. (XXXVI, 3) (en el § 13, eod., aparece una consecuencia de la naturaleza de esta estipulacion).

(*e*) L. 17-19, judic. solvi (XLVI, 7), L. 45, de her. pet. (V .3).

(*f*) L. 22, § 7, ratam rem (XLVI, 8).

APÉNDICE XIV.

LAS CONDICTIONES.

(§§ CCXVIII.—CCXX).

I.

He dicho ántes que la palabra *condictio* equivale precisamente á *strictijuris actio*; lo cual nos explica la razon de que esta última frase se encuentre tan rara vez en las fuentes del derecho (*a*). Resulta de la investigacion contenida en el anterior apéndice, que la voz *condictio* designa la accion civil personal, nacida de un acto jurídico, siempre que esta accion tenga una naturaleza rigurosa, es decir, que no esté abandonada á la libre apreciacion del juez por la adicion *ex fide bona*. Se hallan pues, excluidas del dominio de las condictiones: todas lás honorariæ actiones; todas las acciones *in rem*; todas las acciones fundadas en los delitos; y todas las *bonœ fidei actiones*.

No podría citar desde luego los testimonios directos que prueban la sinonimia de estas dos expresiones técnicas, pues los textos de Gayo que al efecto pudieran invocarse, tienen necesidad, para ser enteramente comprendidos, de diversas explicaciones preliminares. Diré, por ahora, únicamente que en realidad todas las condictiones conocidas son *stricti juris*, y que entre todas las acciones que he excluido del dominio de las *condictiones* no hay ninguna que se designe una sola vez como *condictio* (*b*). Podría suponerse

---

(*a*) V. apéndice XIII, núm. I.

(*b*) En este punto puede objetarse: 1.°, que los delitos dan lugar á la *condictio furtiva* y algunas veces á la *condictio ex lege Aquilia* (L. 9, § 1, de R. C. XII, 1); pero más adelante se verá que estas acciones resultan de los cuasi-contratos y no de los delitos. 2.°, la L. 19, § 2, de

que la palabra *condictio* se emplea indiferentemente por *actio* y que bajo este aspecto, al ménos, su acepcion no está bien determinada. Mas por el contrario, fuera de los límites que he señalado, esta palabra se evita cuidadosamente, y lo que es enteramente decisivo, en muchos casos particulares se discute si hay lugar á ejercitar la accion *ex empto* (notoriamente *bonœ fidei*) ó más bien la *condictio*. Sobre este punto se decide que siendo ámbas acciones igualmente fundadas, el demandante puede elegir la que la convenga mejor (*c*). Semejante discusion y esta decision implican un contraste muy señalado entre una y otra accion, contraste que lleva necesariamente consigo un interés práctico, puesto que si la discusion fuera únicamente nominal, no hubiera podido dar ocasion á un debate sério.

Pero, cosa apenas creible, y que manifiesta cuan lleno de oscuridad se encuentra este asunto! Autores célebres hay que han sostenido precisamente que todas las condictiones eran *bonœ fidei actiones* (*d*). No he de detenerme á refutar esta afirmacion; me limito á asegurar que ha de parecer su posibilidad incomprensible á todo el que lea este apéndice hasta el fin.

II.

Aunque las *condictiones* estén encerradas en un espacio rigurosamente circunscrito, no por eso dejan de ser una especie particular del género *actiones*, como se desprende de la variedad de designaciones siguientes:

Actio quœ vocatur condictio. pr. J. quid. mod. re (III, 14). *Actio condictionis*, L. 1, C. de cond. ind. (IV, 5). L. 2, C. de cond. ob. causam dat. (IV, 6). *Condictitia actio*. L. 24 de R. C. (XII, 1). § 1, J. quib. m. re (III, 14). L. 7 de cond. causa data (XII, 4). L. 3; C. de don. quæ sub mod. (VIII, 55). *Condictitia*. § 24. J. de act. (IV, 6). L. 55 de don. int. vir. (XXIV, 1). L. 13, § 2 de jurej. (XII, 2).

Algunas veces, tambien, en los casos en que la *condictio* no es dudosa, se emplea simplemente la palabra *actio*, sin añadir *con-*

---

prec. (XLIII, 26) «*incerti condictione*, id est præscriptis verbis,» porque esta última accion es *bonœ fidei*; pero con arreglo á la leccion de los manuscritos, debe leerse en este texto *incerta actione*. V. el Tratado, § 217, *o*.

(*c*) L. 11, § 6, de act. emti (XIX, 1) «... qua actione agendum est? utrum *condicatur*, quasi ob causam datus sit, et causa finita sit: an vero *ex empto agendum sit*? Et Julianus diceret, *ex empto agi posse: certe etiam condici* poterit, quia jam sine causa apud venditorem est anulus.»

(*d*) Glück, t. XIII, p. 8 y § 835. Este error se relaciona con otro de que hablaré más adelante.

dictio (*a*). Sin embargo, esto sólo acontece en los casos en que la *condictio* es de tal modo cierta que parecería supérflua una designacion más exacta; pero esta designacion no falta nunca cuando se trata de establecer una distincion entre una *condictio* y una accion de otra especie (*b*).

No obstante lo dicho, la sinonimia entre la condictio y la stricti juris actio, sólo es verdadera en la fraseología adoptada despues del establecimiento del *ordo judiciorum* ó del procedimiento por fórmulas. En tiempo de las antiguas legis actiones, esta designacion tenía un sentido más estricto, pues se aplicaba únicamente á dos acciones especiales (*c*). Más adelante veremos cómo esta antigua acepcion se relaciona históricamente con la acepcion más moderna admitida en las fuentes del derecho; pero desde luego se advierte que ésta última es el objeto exclusivo de la presente indagacion.

III.

La materia de las *condictiones* nos presenta dos cuestiones importantes y difíciles de resolver. Primera: ¿Cuáles son los actos jurídicos propios para engendrar las condictiones (*stricti juris actiones*)? O en otros términos; ¿cuáles son las *condiciones* requeridas para la admisibilidad de las condictiones? Segunda: cuáles son las diferentes *especies* de condictiones, y los efectos especiales que se refieren á cada una de estas especies?

Respecto á la primera cuestion, esto es, la respectiva á las condiciones requeridas para la admisibilidad de las *condictiones*, recordaré desde luego lo que he dicho sumariamente con motivo de las *b. f.* actiones (*a*). Estas se enumeran por extenso, sin referirlas á ningun principio, miéntras que nada se dice de dos casos á los cuales se aplican. Ahora bien, si admitimos que esta diferencia responde á una realidad, y que no es la obra de un capricho irreflexivo, debemos convenir en que los casos á los cuales se aplican las *condictiones* se derivan de un principio simple y general que se supone tácitamente sin expresarlo.

Algunos autores modernos han sentado un principio que á primera vista parece recomendarse como aplicable á las dos especies

(*a*) Actio pecuniæ creditæ. L. 70, de proc. (III, 3). L. 12, § 1 de distr. (XX. 5). Actio certæ creditæ pecuniæ. Gayo, IV, § 13.

(*b*) De este modo, *judex* designa unas veces la especie y otras el género; la especie cuando se opone á *arbiter*, y el género cuando se aplica á toda clase de jueces, comprendiendo entónces tambien al *arbiter*.

(*c*) Gayo, IV, § 18-20.

(*a*) Apéndice XIII, núm. XI, XII.

de acciones (*b*). Dicen que todo acto jurídico unilateral es *stricti juris*, y que todo acto bilateral es *bonæ fidei*. Pero si consideramos la intencion y el propósito natural de las partes, el préstamo no nos aparece ciertamente como acto más unilateral que el comodato ó el depósito (*c*). Al verificarse estos tres actos jurídicos una de las partes entrega una cosa; despues la otra parte debe devolver este objeto, y puede ser accionada si no verifica voluntariamente dicha devolucion. Las partes tienen de todo esto una idea muy clara. Evidentemente, el comodato y el depósito pueden dar lugar á una *contraria actio*, y el préstamo no puede producir este resultado (*d*). Pero las partes, á ménos de ser jurisconsultos, no piensan en este resultado excepcional, que depende de circunstancias accidentales, extrañas al acto mismo; de modo que esta diferencia no se explica por la intencion ordinaria y verosímil de las partes, sino por la latitud de apreciacion establecida para los *bonæ fidei contractus*, que permite al *arbiter* tomar en consideracion las excepciones no expresadas en la fórmula. En este sentido es en el que los *bonæ fidei contractus* son bilaterales. Si, pues,

---

(*b*) Así, por ejemplo, Gans, Obligationenrecht, p. 15-18. donde no obstante se combina este principio con varios otros.

(*c*) La antigüedad de los términos oculta aquí la confusion de las ideas. Pueden, en efecto, aplicarse estas designaciones: 1.° á las consecuencias materiales del acto, á los beneficios que debe obtener una de las partes ó ámbas, bajo cuyo punto de vista, el comodato, salvo raras excepciones, es del beneficio exclusivo del comodatario, el depósito del deponente; la venta, el contrato de arrendamiento, de sociedad ó de cambio son beneficiosos para ámbas partes; el préstamo aprovecha á ámbas partes ó á una sola, segun que devengue ó no intereses; pero los beneficios dichos no constituyen el carácter distintivo de bonæ fidei contractus; 2.° los citados nombres pueden aplicarse tambien á las consecuencias jurídicas de los actos, es decir, á las acciones que engendran, única cosa de que aquí se trata. Al considerar la esencia de los actos jurídicos se encuentra una clase especial que ofrece el carácter del cambio, es decir, que cada una de las partes satisface una prestacion para recibir otra, como la venta, por ejemplo. Pero los límites de esta clase de actos no concuerdan, en manera alguna, con los límites de las *bonæ fidei contractus*.

(*d*) No debe creerse que la *contraria actio* sea de una naturaleza incompatible con el préstamo. Es evidente que no puede tratarse aquí, como en el comodato ó el depósito, de gastos hechos para la conservacion de la cosa. Pero cuando se hace un préstamo de dinero, pueden encontrarse monedas falsas ó extranjeras, cuyo cambio entraña una pérdida. El deudor sólo está obligado á restituir monedas de igual naturaleza, y, en el caso propuesto, el mejor partido que puede tomar es devolver *in specie* las monedas falsas ó extranjeras; de otro modo, si bien no tiene desde luego una *contraria actio*, podria obtener una por la pérdida que resulta del cambio. En el caso de fraude tendría, indudablemente, la *doli actio*, pero esta accion, fundada en un delito, no está íntimamente ligada con el acto jurídido que nos ocupa.

se busca en esta circunstancia la base de la determinacion de las *bonæ fidei actiones*, se podría tambien traducir este pensamiento por la fórmula siguiente: la libre apreciacion de un acto jurídico (susceptible de convertirse en bilateral accidentalmente) existe para todos los actos en que esta libre apreciacion es admitida.

Se ha tratado tambien de fundar la distincion entre las *condictiones* y las *bonæ fidei actiones* en otro principio, si bien ménos especioso que el anterior. Las acciones *bonæ fidei* son, se ha dicho, las fundadas en la equidad natural (el *jus gentium*); las acciones *stricti juris* son las que se han establecido por una prescripcion arbitraria del derecho positivo (*e*). Esta teoría no resiste exámen. Nada más conforme á la equidad natural que la restitucion del dinero prestado (*f*), y sin embargo, la accion nacida del préstamo es ciertamente *stricti juris*. El *nudum pactum* mismo crea una obligacion segun el *jus gentium* (*g*), y no se comprende porque se hubiera de estorbar ó debilitar por la forma de la estipulacion; no obstante, la accion nacida de la estipulacion es *stricti juris*. Si se aplicase rigurosamente esta doctrina; sólo quedarían como acciones *stricti juris* las que tienen por objeto una pena pecuniaria; y precisamente éstas no son nunca llamadas *stricti juris* ó *condictiones*.

IV.

Si consideramos los casos á los cuales se aplican incontestablemente las *condictiones*, nos aparecen á primera vista como muy diversos; sin embargo, todos se refieren á un principio muy simple, cuya fuerza orgánica se ha desenvuelto casi sin la intervencion del legislador. Sólo se encuentra un pequeño número de condictiones, enteramente positivas, que no se refieran á este principio; pero son tan poco importantes y se hallan tan claramente designadas en las fuentes, como excepciones, que confirman la verdad del principio, léjos de contradecirlo.

Para descubrir este principio, voy á analizar un acto jurídico que engendra ciertamente una *condictio;* me refiero al préstamo, al que tomo como punto de partida de nuestra investigacion. Si se criticase este punto de vista como exclusivo y arbitrario, responderé que es precisamente el adoptado por las fuentes del derecho,

---

(*e*) Glück, t. XIII, p. 8.

(*f*) Gayo. III, § 132. Se reconoce tambien expresamente que la *condictio sine causa*, etc., se deriva del *jus gentium*. L. 25 de act. rer. amot. (XXV, 2).

(*g*) L. 84, § 1, de R. J. (L. 17), L. 5, § 2. de solut. (XLVI, 3), L. 7, § 4, de pactis (II, 14).

puesto que éstas colocan el préstamo á la cabeza de la materia de las *condictiones*.

El primer título del libro XII del Digesto, se titula: de rebus creditis, si certum petatur, et de condictione (*a*). Esta inscripcion nos muestra el lazo íntimo que une á las *condictiones* en general con el contrato de préstamo en particular. Casi todo el título habla del préstamo, y salvo algunas excepciones del préstamo del dinero (*b*), encontrándose en él tambien mezclados algunos textos que tienen por objeto la naturaleza general de las *condictiones*. Este título sirve de introduccion á la materia de las *condictiones* que ocupa dos libros.

De igual manera, en el Código, el segundo título del libro IV contiene la materia de las *condictiones*; lleva por inscripcion: si certum petatur; y el título sólo encierra constituciones relativas al préstamo de dinero.

Así, pues, cuando considero al préstamo como base de las *condictiones* y trato de descubrir en él su esencia, no hago más que seguir la marcha trazada por las fuentes del derecho romano.

V.

Examinemos lo que pasa cuando se hace un préstamo de dinero. El nombre de pecunia *credita*, nos muestra como carácter especial de este contrato, el más alto grado de confianza; de aquí tambien el nombre de *creditor* dado al prestamista (*a*). Este punto de vista es tan natural, que en francés ha sido adoptado el nombre de *créancier*, tanto en el lenguaje ordinario, como en el de los jurisconsultos. El título citado del Digesto, comienza tambien de

---

(*a*) Las variantes de esta rúbrica tienen poca importancia, al ménos para la cuestion que nos ocupa. En el Dig. vetus, ed. Jenson. s. a. y ed. Korberger, 1482, se lee: *petatur* et de *certi* condictione. Ed. Ven. 1484, *petatur* sin *certi*.

(*b*) L. 9. L. 24, de reb. cred. (XII, 1).

(*a*) Al principio *creditor* y *creditum* se aplicaban al préstamo de dinero; despues se emplearon estas palabras, á falta de otras, para traducir la idea abstracta de prestacion; y este último sentido ha llegado á ser usual. L. 10, de V. S. (L. 16): «.....Sed *et si non sit mutua pecunia* sed contractus, creditores accipiuntur.» L. 11, eod: «Creditorum apellatione *non hi tantum* accipiuntur, *qui pecuniam crediderunt*; sed omnes, quibus ex qualibet causa debetur.» L. 12, pr. eod. Estos contrastes harán conocer claramente el sentido propio y original de la palabra. y nos enseñarán de que manera la necesidad ha obligado á emplearla en una excepcion más ámplia que la primitiva. Para este objeto sirve tambien L. 5, § 3, de O. et. A. (XLIV. 7), V. más adelante VII, *b*. La misma idea, pero de otro modo expresada, se encuentra en la L. 20, de jud. (V, 1): «Omnem obligationem pro contractu habendam existimandum est..... *quamvis non ex crediti causa debeatur*.

una manera muy característica, por una indagacion sobre el significado de la palabra *credere*, palabra que expresa nuestra confianza en otro (*b*). ¿Pero cuál es el contenido propiamente dicho de esta confianza?

La confianza, es, en general, la base de todas las transacciones sociales; pero como aquí tiene una importancia muy particular, es preciso que esta confianza sea de una excepcional naturaleza, punto que pondrán en claridad las consideraciones siguientes.

El que entrega á título de depósito en poder de otra persona una suma de dinero encerrada en una bolsa, se fía en la lealtad del depositario; mas admitida esta lealtad, la suerte de los bienes de dicha persona puede serle por completo indiferente. En efecto, aunque el depositario se viera reducido á la pobreza, la bolsa, cerrada se encontraría siempre, y quedaría á salvo por la reivindicacion del propietario. Pero si se entregaba la misma suma á título de préstamo, el resultado es diferente, porque si el prestatario leal cae en insolvencia, la suma queda perdida para el prestamista. El peligro á que éste se expone, independientemente de la lealtad del prestatario nace de que el acreedor enajena la propiedad del dinero, renunciando de este modo á ser protegido por la reivindicacion.

Las siguientes aplicaciones nos prueban que esta circunstancia es en realidad el motivo y la condicion de la *condictio*. Así, cuando el que recibe el dinero no adquiere la propiedad de él, no existe la *condictio* (*c*). Si con arreglo á la voluntad del acreedor no se verifica la trasmision de la propiedad en el momento de la tradicion, sino en una época posterior, no nace la *condictio* hasta esta última época (*d*). Si faltando al principio la adquisicion de la propiedad, resulta ésta más tarde de haberse consumido el dinero, la *condictio* nace desde este mismo momento (*e*). De este modo la *condictio* nos aparece siempre como supliendo la pérdida de la reivindicacion (*f*), y esta exclusion recíproca se muestra tam-

---

(*b*) L. 1, de reb. cred. (XII, 1): «.....credendi generalis appellatio est..... nam cuicumque rei adsentiamur, *alienam fide secuti*, mox *recepturi* quid ex hoc contractu credere decimur.»

(*c*) L, 2, § 2, de R. C. (XII, 1). A esto se refiere tambien la frase *ex alienum*. L. 2 3, § 1, de V. S. (L. 16): «Æs alienum est, quod nos aliis debemus»: es decir, el dinero sacado del patrimonio de otro, para convertirse en propiedad nuestra, y volver despues al patrimonio de donde salió.

(*d*) L. 8, L. 9, § 9, de R. C. (XII, 1).

(*e*) L. 13. pr. § 1, de R. C. (XII, 1), L. 29, de cond. ind. (XII, 6), § 2, J. quib. alien. (II. 8).

(*f*) L. 11. § 2, de R. C. (XII, 1), L. 29, de cond. ind. (XII, 6), § 2, J. quib. alien. (II, 8).

bien en otras relaciones de derecho diferentes del préstamo (*g*).

Los términos de la *formula* vienen á confirmar esta ilacion de ideas. En el préstamo, tiene la *intentio* por objeto un *dare oporte-re*, es decir, la trasmision de la propiedad; pero en tanto que, por un motivo cualquiera, el prestamista no ha perdido la propiedad, es imposible atribuírsela: en esta posicion, por consiguiente, no puede reclamar un dare oportere, es decir, no puede tener una condictio (*h*). Este es el mismo motivo que hacía imposible la estipulacion con la fórmula *dare mihi spondes?* cuando el acreedor tenía ya la propiedad de la cosa prometida (*i*).

Para mayor claridad sólo he hablado hasta aquí, del préstamo de dinero; pero todo lo dicho se aplica igualmente al préstamo de otras cosas fungibles, tales como el trigo, el vino, el aceite, etc. Estos casos son más raros y ofrecen ménos interés práctico, y tambien se mencionan con ménos frecuencia en las fuentes. La necesidad que puede motivar en la vida real estos préstamos se satisface con frecuencia por una compra, facilitada con dinero prestado, mejor que por el préstamo de la misma especie necesitada. Sin embargo, había en derecho romano, como explicaré más adelante, una regla particular para los casos de este órden.

Debo prevenir, desde luego, una objecion que pudiera hacérseme. La *fiducia* tiene de comun con el préstamo la circunstancia de que la *propiedad* es trasmitida á otro que debe restituirla (*k*). Con arreglo á mi doctrina, la *fiducia* debería engendrar una condictio,

---

(*g*) L. 22, § 2, de pign. act. (XIII, 7), L. 15, de cond. causa data (XII, 4), L. 3, C. de Cond. ex lege (IV, 9), L. 5, § 18, de don. int. vir. (XXIV, 1).

(*h*) Gayo. IV, § 4. § 14, J. de act. (IV, 6). En las Instituciones de Justiniano esta observacion se halla fuera de lugar, pues sólo tiene sentido respecto á la *formularum conceptio*, abolida desde hacia largo tiempo. Más adelante hablaré de la excepcion relativa á la *condictio furtiva*.

(*i*) Gayo, III, § 99; § 2, J. de inut. stip. (III, 19); L. 1, § 10, de O. et A. (XLIV, 7); L. 82, pr. de V. O. (XLV, 1). En efecto, segun la fraseología rigurosa del derecho, principalmente en las estipulaciones y en la *intentio* de una accion, la frase rem *dare* designa la trasmision inmediata de la propiedad romana: trasmision que es imposible si la cosa pertenece ya al que estipula. L. 85, § 10, de V. S. (L. 16); L. 167, pr. de R. J. (L. 17). De igual modo tambien, *usufructum* ó *servitutem* dare designa la constitucion del usufructo ó de la servidumbre por medio de una *in jure cessio*. L. 19, de S. P. R. (VIII, 3); L. 126, § 1, L. 136, § 1, de V. O. (XLV, 1); L. 3, pr. de O. et A. (XLIV, 7). Además de esta significacion técnica, la citada palabra tiene tambien otra más vulgar (*juris verba et factum* en la L. 38, § 6, de V. O. XLV, 1) y entónces *dare* designa toda clase de trasmision En este sentido se emplea *operas* dare aún en las estipulaciones. (Marezoll, en Linde' s Zeitschriff, X. 250). En esta acepcion más amplia, *dare usufructum* podría aplicarse en un testamento á un inmueble de las provincias, aunque el heredero sólo estuviese obligado á entregar la cosa. L. 3, pr. de usufr. (XII, 1).

(*k*) Cayo, II, § 59, 6.

y, sin embargo, da lugar á una *bonæ fidei actio* (apéndice XII, número XII). Hé aquí la respuesta á esta objecion. La *fiducia* engendra dos acciones, entre las cuales puede elegir el demandante: 1.°, una *condictio*, con arreglo á los principios aquí sentados; 2.°, una *bonæ fidei actio*, que al mismo tiempo era *arbitraria* y ofrecía al demandante el único medio de obtener la restitucion material (§ 221), restitucion á la cual tenía un derecho incontestable, si la prefería. Este caso es semejante al de la mujer que reclama una dote constituida por ella misma; puede elegir entre una *condictio* (*l*) y la *actio rei uxoriæ*, que es *bonæ fidei*.

VI.

Se relacionan inmediatamente con el préstamo los casos en que, habiendo sido confiada una cosa á determinada persona, sin trasmitirle la propiedad, esta persona por su voluntad exclusiva, destruye la propiedad, para enriquecerse. Este acto desleal engendra una *condictio*, de igual manera que el alto grado de confianza atestiguado por el préstamo; sería, en efecto, contra naturaleza que la mala fé colocase al deudor en mejor posicion que la que tendría por la confianza del acreedor.

Esta regla se encuentra completamente desarrollada con ocasion del depósito, de que ántes he hablado (núm. V). El que confie una cosa á título de depósito, tiene la reivindicacion, que hace inútil é imposible la *condictio*. Pero cuando el depositario disipa el dinero, consume ó vende las cosas fungibles que le habían sido confiadas, destruye la reivindicacion del propietario y éste obtiene en su lugar, la *condictio* (*a*).

(*l*) L. 67, de j. dot. (XXIII, 3). Así tambien todo extraño que constituye una dote tiene la condictio, siempre que haya tenido el cuidado de excluir por un *pactum* la presuncion en favor de la mujer. L. 43, § I, eod., L. 10, C. de pactis (II, 3), L. I, C. de pactis conv. (V. 14).

(*a*) L. 13, § 1, depos. (XVI, 3). «Competit etiam condictio depositæ rei nomine, *sed non antequam quid dolo admissum sit:* non enim quemquam hoc ipso, quod depositum accipiat, condictione obligari, *verum quod dolum malum admiserit.*» El *dolus* es aquí el acto en virtud del cual el depositario hace imposible la reivindicacion y se proporciona á sí mismo un enriquecimiento; se le cita como ejemplo, porque este cambio de propiedad se verifica rara vez sin fraude; sin embargo, este fraude no existe siempre. Si un banquero recibe á título de depósito una bolsa tapada, la cual por casualidad se abre y se derrama el dinero en la caja, el deponente tiene sin duda una *condictio*. pero en el hecho no ha habido *dolus*. Así, pues, ha habido error en pretender que esta *condictio* es siempre *furtiva*. De igual manera, en la L. 33, eod. se trata de una reivindicacion y no de una *condictio*, porque la cosa existe todavía, L. 24, § 2, de reb. auct. jud. (XLII, 5): «aliud est enim *credere*, aliud *deponere*.» Es decir, el *deponere* no es en sí un *credere*, y por

El mismo principio se aplica á otros casos semejantes, pero en términos ménos precisos, que evidentemente deben ser completados por las prescripciones relativas al depósito. Así, se dice que el comodato y la prenda encierran un *credere* (*b*), lo cual significa que estos contratos engendran tambien una *condictio*, si bien el nacimiento de la misma no tiene lugar hasta que no es destruida la cosa que constituye el objeto del contrato; pues, de otro modo, subsistiría la reivindicacion primitiva y excluiría la *condictio*.

Así, tambien puede nacer una *condictio* con ocasion de un mandato, de una sociedad, y de otros contratos semejantes, y así mismo, con ocasion de la tutela (*c*); pero entónces es preciso siempre suponer que el dinero ó las mercancías confiadas por consecuencia de otros diferentes actos jurídicos, han cesado de ser de la propiedad del acreedor, de una manera abusiva y contra su voluntad (*d*).

Idéntico principio es aplicable á la *negotiorum gestio* (nota, *e*), caso que se distingue de los anteriores en que el antiguo propietario no había confiado nada, ni la posesion siquiera, habiéndose atribuido el gerente, por autoridad propia la posesion y propiedad que ha destruido. El motivo de la *condictio* es el mismo que en los casos anteriormente enumerados.

Ordinariamente se cree que en estas circunstancias puede elegir el demandante entre varias acciones que conduzcan al mismo fin. Esta manera de considerar el asunto no es exacta. Es cierto que el resultado material de ambas acciones es idéntico algunas veces pero frecuentemente tambien, la *condictio* sólo tiene por objeto una pequeña parte de lo que puede reclamarse por la *bonæ fidei*

---

tanto no es la base de una *condictio;* pero puede llegarlo á ser, como dice nuestro texto, por una convencion especial de las partes ó por el fraude del depositario. Se reproduce este contraste entre el *credere* y el *deponere* en la L. 4, de R. C. (XII,1).

(*b*) L. 1, de R. C. (XII, 1): «...ideo sub hoc titulo Prætor et de commodato, et de pignore edixit.» L. 4, § 1, eod.: «Res pignori data, pecunia soluta condici potest...» Es decir, si existe la condicion general para la *condictio*, de modo que es preciso completar este texto con el relativo al depósito (nota *a*) V. núm. XX, *c*.

(*c*) L. 28, § 4, de jurejur. (XII, 2): «...forte si actionem mandati, negotiorum gestorum, societatis, cæterasque similes, jusjurandum exactum sit, *deinde ex iisdem causis certum condicatur*: quia per alteram actionem altera quoque consumitur.» Se reconoce la posibilidad de la *condictio*, para el mandato en la L. 5. de exc. rei jud. (XLIV, 2); para la *actio depositi, commodati, tutelæ*, en la L. 5, de tutelæ (XXVII, 3); para la *actio mandati*, *negotiorum gestor*, *tutelæ* y *bonæ fidei actiones* semejantes en las L. 45, 46, 47, pr. pro socio (XVII, 2); para la *actio locati* en las L. 34, § 2. de O. et A. (XLIV, 7), L. 45, pro socio (XVII, 2).

(*d*) Así, pues, cuando un mandatario ó un asociado nos causa un perjuicio por su negligencia ó ligereza, no tenemos contra él la *condictio*, sino únicamente la accion resultante del contrato.

actio; y en todo caso, la base de ambas obligaciones es enteramente diversa (V. § 232).

VII.

Existe un desenvolvimiento ulterior de nuestro principio en los numerosos casos en que un propietario trasmite á otro su propiedad, no movido de la confianza, sino por un motivo erróneo desde luego ó que lo es más tarde. Los principales casos de esta especie pueden ser comprendidos bajo el nombre general de *datum ob causam*, suponiendo la *causa* como falsa y no fundada (*a*). Tales son los casos de la *condictio indebiti, ob causam datorum sine causa ob injustam causam.*

En todos estos casos el error reemplaza á la confianza que forma la base del préstamo, razon por la cual se les aplica el principio del *creditum* y la *condictio* que es su consecuencia. Esta íntima relacion no ha sido imaginada aquí en provecho sólo de la doctrina que he sentado sobre la naturaleza de las *condictiones*: muchos textos de las fuentes los reconocen expresamente con motivo del *indebitum*, caso el más frecuente de todos los mencionados (*b*).

Este importante órden de casos á que se aplica la *condictio* ha llegado á ser tambien la base de un desenvolvimiento enteramente nuevo. En efecto, la trasmision, por error verificada, de una parte de nuestro patrimonio al patrimonio de otro, puede concebirse, no solamente respecto á la propiedad, sino tambien respecto á toda otra especie del derecho de bienes. Así se desprende con evidencia de los siguientes ejemplos, tomados de la *condictio indebiti* y que son igualmente aplicables á todas las otras *condictiones* mas arriba enumeradas. Se concibe que una obligacion supuesta por error determine la constitucion de un usufructo ó de una servidumbre predial, ó la renuncia de estos mismos derechos, casos en los que puede ser empleada la *condictio* para restablecer las cosas en su estado primitivo. Lo mismo sucede cuando se contrata una deuda ó se traslada un crédito ó se remite una obligacion por creerse directamente obligado á estos actos, ó que se intente ex-

---

(*a*) Tal es efectivamente la regla: pero la *condictio ob turpem causam* presenta una anomalía, pues el error sobre la *causa* unas veces es insuficiente y otras veces es necesario para motivar la *condictio*, segun que la *turpitudo* puede ó no ser imputada al que hace la dacion.

(*b*) L. 5, § 3, de O. et A. (XLIV, 7): «Is quoque qui non debitum accipit per errorem solventis, *obligatur quidem ex mutui datione, et eadem actione tenetur*, qua debitores creditoribus...» De igual manera, Gayo, III, § 91, § 1, J. quib. modis re (III, 14), § 6, J. de oblig. quasi ex contr. (III, 27). Todos estos textos están tomados de Gayo.

tinguir una deuda que no existe (*c*). Aún el trabajo ejecutado, por creerse falsamente con obligacion de hacerlo, puede motivar la *condictio* si este trabajo tiene un valor venal apreciable y puede reducirse á una suma de dinero, que forma entónces el objeto de la reclamacion (*d*).

VIII.

Puede ejercitarse tambien la *condictio* cuando una cosa nuestra ha llegado á ser, sin nuestro consentimiento, de la propiedad de otro, ya por consecuencia de un hecho de éste, ya por una circunstancia accidental.

Hé aquí un caso de esta especie. Tengo la reivindicacion contra el poseedor de una cosa mía; pero desde el momento en que cesa de poseer, no tengo, en principio, ninguna accion. Ahora, si este poseedor ha vendido la cosa gratuitamente adquirida de este modo, enriqueciéndose con la venta, y más tarde la cosa parece, de modo que no tengo ya la reivindicacion contra el tercer detentador, puedo ejercitar contra el vendedor una *condictio*, en restitucion de la suma de que se ha enriquecido (*a*).

Lo mismo sucede si el enriquecimiento resulta, no de la venta, sino de haber consumido la citada cosa; como por ejemplo cuando un poseedor de mala fé consume los frutos de una de mis propiedades (*b*).

La *condictio sine causa*, aplicable en semejantes circunstancias abraza, pues, diferentes especies de casos: los que resultan de la voluntad libre del demandante actual, es decir, de un *datum* (número VII), y los que son consecuencia de circunstancias accidentales ó del hecho del demandado (*c*).

(*c*) L. 4, § 10, de cond. causa data (XII, 4), L. 1, pr. § 1, 2, de cond. sine causa (XII, 7), L. 5, § 1, de act. emti (XIX, 1).

(*d*) L. 26, § 12, de cond. indeb. (XII, 6).

(*a*) L. 23, de R. C. (XII, 1).

(*b*) L. 4, § 2, fin reg. (X, 1), L. 22, § 2, de ping. act. (XIII, 7), L. 18, de except. (XLIV, 1), L. 55, in j. de cond. ind. (XII, 6), L. 4, § 1, de red. cred. (XII, 1), L. 3, C. de cond. ex lege (IV, 9). De igual modo, si mi púrpura ha servido para teñir una tela de otro y no existe ya separadamente, tengo contra el ladron una *condictio furtiva* y contra el poseedor de buena fé enriquecido á mis expensas una *condictio* (*sine causa*) § 26, J. de rer. div. (II, 1), Gayo, II. § 79. No se comprende cómo Teófilo conceda tambien la *condictio furtiva* contra el poseedor de buena fé. Las palabras *a quibusdam* aliis possessoribus se explican por los principios sentados: *quidam* son precisamente los que se enriquecen *sine causa*. L. 4, § 2, de R. C. (XII, 1): «Ea quæ vi fluminum importata sunt.» Esto se entiende de las cosas que no pueden ser ya reivindicadas por no existir separadamente, pero que enriquecen al propietario del suelo.

(*c*) Así lo indica la L. 1, § 3, de cond. sine causa (XII, 7): «Constat id demum posse condici *alicui*, quod vel non ex juxta causa ad eum *perve-*

Si ahora abrazamos bajo una ojeada todos los casos de *condictiones* hasta aquí enumerados, veremos desenvolverse el principio progresivamente, del siguiente modo. El caso primitivo de la *condictio* es el de un propietario que, al confiar una cosa suya á otro, aumenta los bienes de éste (Núm. V). Viene despues el caso en que aquél á quien se ha confiado la posesion aumenta sus bienes, atribuyéndose por sí mismo la propiedad (Núm. VI). Llega luego el caso en que el aumento de los bienes se verifica con el consentimiento del antiguo propietario, consentimiento determinado, no por la confianza, sino por el error, que entónces produce todos los efectos de la confianza (Núm. VII). Por último, iguales efectos tienen lugar cuando alguno se enriquece á expensas de otro, sin motivo y por una circunstancia accidental (Número VIII) (*d*).

Todos estos casos tienen, pues, por carácter comun el aumento de un patrimonio, motivado por la disminucion de otro; y esto sin causa, ó por consecuencia de una causa que ha cesado de existir. Teniendo por base la mayor parte de ellos, y los más importantes, un acto libre del propietario primitivo, y refiriéndose los demás á éstos por una afinidad íntima, puede decirse que las *condictiones* descansan sobre un *datum*. Puede decirse, tambien, que se fundan en el hecho de que otro se enriquezca sin motivos y á nuestras expensas, supuesto que se encierre la idea de enriquecimiento en los límites de esta relacion especial. Así, es preciso que la *causa* que trasmite una cosa de un patrimonio á otro cése de existir ó no haya existido nunca, que es lo que acontece respecto al préstamo reclamado ó de un *indebitum* pagado por error. En el caso, por el contrario, de una venta á bajo precio, el comprador se enriquece ciertamente á expensas del vendedor; pero no hay nada defectuoso en la *causa*, pues el error versa, no sobre ésta, es decir, el motivo jurídico del contrato, sino sobre la apreciacion del valor venal, que está fuera del dominio del derecho. Este principio aparece con más evidencia todavía en la donacion, que siempre enriquece al donatario, y que puede ser determinada por un capricho ó por mo-

---

nit, vel redit ad non justam causam.» La redaccion es tan general que no se determina si el *pervenire* se ha verificado con ó sin el consentimiento del propietario primitivo. De igual modo se expresa la L. 6, de cond. ob turpem (XII. 5), y la L. 25, in f. de act. rer. amot. (XXV, 2).

(*d*) Vemos aquí un desenvolvimiento regular de los principios. Despues de la *condictio* resultante de la propiedad confiada (Núm. V), viene la *condictio* resultante del depósito, cuando el depositario se atribuye por sí solo la propiedad de la cosa (Núm. VI). Despues de la *condictio sine causa* nacida de una dacion hecha por error (Núm. VII), viene la *condictio sine causa* fundada en el hecho de haberse enriquecido un indivíduo por su propia voluntad y á expensas de otro, sin que haya habido dacion anterior (Núm. VIII).

tivos erróneos, de donde pudiera pretenderse inducir un *datum sine causa* (un enriquecimiento sin motivo). Pero aquí el único elemento jurídico es la intencion de donar, la *donationis causa*, y esta intencion no es defectuosa en modo alguno, á pesar del error referente á los motivos de la donacion, porque estos motivos no tienen ningun punto de contacto con el dominio del derecho.

Por otro lado, es preciso tambien que la cosa que enriquece al demandado haya formado realmente parte de los bienes del que invoca la *condictio* (*e*).

IX.

Otro caso, al que se aplica incontestablemente la *condictio*, es la antigua *literarum obligatio* ó *expensilatio*. Cuando Justiniano sustituye, de una manera bastante impropia, la nueva *literarum obligatio* á la antigua, dándole por efecto la condictio, pretende evidentemente equiparar ámbas instituciones, justificando así el rango que le asigna á la nueva (*a*). Ciceron, igualmente, asimila la *expensilatio* al préstamo de dinero y á la estipulacion, cuando dice que estos tres actos jurídicos pueden únicamente engendrar una *certi petitio*, que es precisamente la accion designada en las fuentes del derecho bajo el nombre de *certi condictio* (*b*). En otro lugar, Ciceron refiere la historia de un contrato de venta en que el vendedor había engañado al comprador. No había medio de venir en ayuda del comprador, dice Ciceron, porque entónces Aquilio no había introducido todavía la *doli exceptio*. No se comprende porque el comprador no estaba protegido por la *actio emti* (si era demandante), ó *venditi*, (si era demandado), puesto que esta accion es *bonæ fidei*. Pero Ciceron, despues de haber referido la venta misma, añade: «*nomina facit*, negotium conficit.» Así, pues, no se ejercitaba contra el comprador la *actio venditi*, sino la *condictio* resultante de la *expensilatio*; y la *condictio* era *stricti juris* (*c*). Por último, encontramos en el Digesto un vestigio evidente de esta eficacia de la antigua institucion (*d*).

(*e*) L. 55, de cond. indeb. (XII, 6), donde se encuentra perfectamente señalada la oposicion, principalmente al final del texto.

(*a*) Pr. J. de lit. oblig. (III. 21): «...Sic fit, ut hodie .. scriptura obligetur, *et ex ea nascitur condictio*...»

(*b*) Apéndice XIII, núm. XI, *a*.

(*c*) Ciceron, de officiis, III, 14, Véase apéndice XIII, núm. XVI.

(*d*) De ann. leg. (XXXIII, 1). «Cum in annos singulos quid *legatum*... sicutis ex *stipulatione*, *aut nomine facto* petatur.» Luego es cierto que las estipulaciones y los legados daban lugar á las *condictiones*. Por lo demás, la mencion de los antiguos *nomina* no es más que una inadvertencia de los compiladores. V., núm. X, *h*, el pasaje que cito de la L. 3, § 3, de Le. Mac. (XIV, 6).

A primera vista no parece referirse este caso al préstamo, que ántes he presentado como la base de las *condictiones*. En efecto, el acreedor trasfiere al prestatario la propiedad de una suma de dinero, con el fin de recibir más tarde la misma suma; la *expensilatio*, por el contrario, no trasfiere ninguna propiedad que más tarde deba ser devuelta; la prestacion futura es una cosa enteramente nueva, cuya necesidad resulta únicamente de la voluntad de las partes expresada en una cierta forma.

Y sin embargo, este lazo íntimo no podría ser desconocido.

Gayo describe la *expensilatio* como la forma que sirve para constituir una especie particular de obligaciones. Cuando en mi registro doméstico, que contiene todos mis negocios de dinero, siento un *expensum*, es decir, una suma de dinero pagada á otro, esta suma ha sido realmente prestada ó no lo ha sido (*e*). En el primer caso, la inscripcion en mi registro no produce ningun efecto especial, pues, independientemente de toda inscripcion, el préstamo habría engendrado la misma obligacion (*f*). En el segundo caso, es muy diferente, pues la sola inscripcion engendra una obligacion independiente, es decir, una *condictio*, semejante á la que resulta de un préstamo ó de una estipulacion (*g*). Esto se hacía con un doble objeto. Primeramente, con el fin de dar esta naturaleza rigurosa á una deuda resultante de una compra, de un arrendamiento, de una sociedad, etc., en otros términos, para trasformar la *bonæ fidei actio* en una *condictio* (*h*). En segundo lugar, con el fin de trasladar una deuda de un deudor á otro, para lo cual se sienta como pagada al nuevo deudor, y con su consentimiento, una suma que no ha recibido (*i*).

Ahora bien; ¿qué hay de esencial en estos actos que á primera vista nos aparecen como vanas formalidades? Si la suma que inscribo como pagada lo hubiese sido realmente, no por motivo de donacion ó para trasladar una deuda, sino con el fin de hacerme devolver más tarde otra suma igual, este acto hubiera sido, sin duda alguna, un préstamo de dinero. Pero, no habiendo sido paga-

---

(*e*) Sobre los antiguos registros domésticos (codices expensi accepti). Véase principalmente Ciceron, pro Roscio com. C. 2, 3, 5; in Verrem, I, 23, 86; pro Cluentio, C. 14, 30. Se trata este asunto con muchos detalles en Savigny, Literalcontrat, Memoiren der Berlines Academie. 1816.

(*f*) Gayo, III, § 131.

(*g*) Gayo, III, § 128.

(*h*) Gayo, III, § 129: «A re in personam transcriptio fit quod modo ex emptionis causa, aut conductionis, aut societatis mihi debeas. in *expensum tibi tulero*.»

(*i*) Gayo, III, § 430: «A persona in personam transcriptio fit, veluti si id, quod mihi Titius debet, *sibi id expensum tulero*, id Titius te delegaverit mihi.»

da esta suma sino inscrita como pagada, la inscripcion tiene evidentemente por objeto imprimir á una relacion de derecho, por la sola voluntad de las partes, el carácter de un préstamo de dinero. Luego, como el efecto especial de la *expensilatio* es una *condictio*, y el empleo de esta forma artificial no tiene otro interés que producir dicha accion, se encuentra plenamente confirmada la afirmacion sentada más arriba, de que el préstamo debe ser considerado como la base verdadera y como la condicion para la aplicacion de las *condictiones*.

Así, pues, no podría definirse mejor la *expensilatio* que llamándola un préstamo ficticio de dinero. La *expensilatio* ha desaparecido en el derecho justinianeo; y cuando este emperador la sustituye con una nueva *literarum obligatio* (que en realidad es el titulo ordinario de crédito, pasada la prescripcion de la *exceptio non numeratæ pecunia*), y le da por resultado una *condictio* (nota *a*), no crea una nueva institucion que extienda el dominio de las *condictiones*. En efecto, en todos los casos de la nueva literarum obligatio, la *condictio* existe desde el principio, (frecuentemente como resultado de un préstamo), y la innovacion introducida por la prescripcion mencionada, no influye sobre la naturaleza misma de las relaciones de derecho, sino sobre la prueba del hecho litigioso. Así, no debe creerse que esta prescripcion hace sustituir á la antigua *condictio* resultante del prêstamo, una *condictio* nueva resultante del documento escrito. Este sería un punto de vista forzado y estéril, y no existe justificacion alguna para una interpretacion tan liberal de las palabras empleadas por Justiniano.

X.

La estipulacion, es decir, el contrato formado por el acuerdo de una pregunta y de una contestacion oral, era más importante todavía, puesto que los romanos no tenían otra forma general para hacer una convencion cualquiera susceptible de ser llevada ante los tribunales (apéndice XIII, núm. XI). Ahora bien, no es dudoso que toda estipulacion entrañaba una *condictio* (*a*). Esto parece contradecir el principio fundamental por mí expuesto sobre la naturaleza de las *condictiones*, pues en este caso la *condictio* tiene por objeto una prestacion nueva, no una restitucion, y por consiguiente, parece no tener con el préstamo ninguna analogía.

Sin embargo, la analogía es la misma que respecto de la *literarum obligatio*. Si ésta es el compromiso voluntario *escrito* de so-

---

(*a*) L. 3, § 3, L. 24, de R. C. (XII, 1), pr. J. de V. O. (III: 15). Refutaré más adelante la objecion que pudiera motivarse en el nombre de la *actio ex stipulatu*.

meterse á todas las consecuencias que resultan de la naturaleza del préstamo, la estipulacion es un compromiso voluntario *oral* del mismo género. Estos dos actos sirven para producir artificialmente, cuando así se desea, los efectos naturales del préstamo y ámbos pueden definirse como un préstamo ficticio. Hé aquí la prueba de esta afirmacion.

Paulo dice en la L. 2, § 5, de R. C. (XII, 1): *Verbis quoque credimus*, quodam actu ad obligationem comparandam interposito, veluti stipulatione (*b*).

Esta observacion se encuentra al final de una série de consideraciones. (L. 1, 2, eod.) sobre la esencia del *credere* como base de las *condictiones*. ¿Qué quiere decir aquí *verbis credimus*? Puede entenderse por estas palabras la confianza general en la lealtad de otro, confianza que no puede faltar absolutamente en ningun contrato. Así, existe respecto á la venta y al arrendamiento y sin embargo, no se dice nunca: *consensu credimus*, y nada hay tampoco más cierto que la ejecucion de estos dos contratos no da nunca lugar á una *condictio*. El depósito implica tambien una gran confianza en el depositario, y á pesar de ello, miéntras que no es consumida la cosa, no se admite la *condictio*, y aun se dice expresamente: «*aliud* est enim credere, *aliud* deponere» (Núm. VI, *a*). De modo que Paulo toma aquí la palabra *credere* en un sentido más enérgico que asimila la estipulacion al préstamo y la distingue de los contratos consensuales, lo cual no es posible, sino siendo exacta mi afirmacion. El sentido de nuestro texto resultará más evidente todavía, si se completa el pensamiento del autor de la manera siguiente: literis quoque *credimus*, si id quod ex emptionis causa, aut conductionis, aut societatis nobis debeatur, expensum tulerimus (*c*).

Esta interpretacion se encuentra confirmada por dos textos, uno de Scœvola y otro de Ulpiano. El senado-consulto Macedoniano decía literalmente que no se concediese ninguna accion al «qui filiofamilias mutuam pecuniam *dedisset*» (*d*). De donde los jurisconsultos habían formulado esta regla: «filiofamilias *credi non licere*.» Scœvola dice que si la estipulacion ha sido hecha bajo el imperio del poder paterno, pero que se haya entregado el dinero despues de la disolucion de esta potestad, no es aplicable el sena-

---

(*b*) Hé aquí una explicacion de este texto, propuesta recientemente, pero demasiado forzada para que se pueda admitir. Se dice que el *credere* no es aquí el acto del *stipulator* sino del *promissor*, el cual al hacerse deudor por la estipulacion, distraía este *nomen* de sus bienes y lo confiaba á la otra parte. Liebe. Stipulation, p. 364.

(*c*) Gayo, III, § 129, se expresa en iguales términos.

(*d*) L. 1, pr. de Sc. Mac. (XIV, 6).

do-consulto, aunque la voz *credi* pueda designar la estipulacion misma (*e*). Ulpiano (*f*) expresa el mismo pensamiento; pero en términos todavía más claros, y su texto manifiesta lo siguiente: el senado-consulto no se aplica á las deudas en general, tales como las que resultan de una compra ó de un arrendamiento, ni á todos los casos comprendidos en la significacion verdadera de la palabra *credere;* el senado-consulto ha reconocido que únicamente el dinero efectivo entregado al hijo ofrecía peligros para la vida del padre (*g*). Por tanto, cuando el hijo, por medio de una *expensilatio* ó de una estipulacion, trasforma en un *creditum* una deuda contraida por la simple adquisicion, cesa de ser aplicable al senado-consulto (*h*); porque si bien en estos dos casos *existe una deuda verdadera por préstamo,* esta deuda no resulta de una suma recibida al contado (*i*), única cosa que ha parecido peligrosa al Senado.

El acto del *stipulator* era un verdadero *credere* en el sentido técnico de la palabra; así lo manifiesta directamente Quintilano (*k*) é indirectamente Gayo; pues éste menciona la stipulatio tertiæ partis con ocasion de la accion de pecunia certa *credita* (*l*) y por Ciceron sabemos que estas *sponsio* abrazaban los tres casos adnumeratio, expensilatio, stipulatio (*m*), todos comprendidos, por consiguiente, en la frase *credita* pecunia. En otro texto (III, § 124), el mismo Gayo dice que una ley Cornelia prohibe la caucion por más de veinte mil sextercios: «vetatur in ampliorem summan obligari *crediæ pecuniæ,* quam in XX milium.» Sobre la inteligencia de esta prohibicion hace dos observaciones; 1.ª: «pecuniam autem *creditam* dicimus non solum eam, quam credendi causa *damus;* sed omnem, quam certum est debitum iri,» y de este modo se encuentra comprendida en la ley la pecunia prometida por una estipula-

(*e*) L. 4, de Sc. Mac. (XIV, 6): «Quia, quod vulgo dicitur, filiofamilias *credi non licere*, non ad verba referumdum est, sed ad numerationem», ley que se relaciona con el texto que precede, L. 3, § 5, eod.

(*f*) L. 3, § 3, de Sc. Mac. (XIV, 6).

(*g*) «Nam *pecuniæ dactio* perniciosa parentibus eorum visum est.»

(*h*) «et ideo *et si in creditum abii* filiofamilias vel ex causa exceptionis, vel ex alio contractu in quo pecuniam non numeravi, et si stipulatus sim..... cessat senatus-consultum.»

(*i*) «*Licet cœperit esse mutua* pecunia, tamen quia pecuniœ numeratio non concurrit, cessat senatus-consultum »

(*k*) Quinctilian., L IV, C. 2 pr. 319, ed. Burmann; «certam *creditam* pecuniam peto ex *stipulatione*.» Sobre las diferentes redenciones de que era susceptible la fórmula, véase núm. XCXII.

(*l*) Gayo, IV, § 171, «ex quibusdam causis sponsionem facere permittit velut de pecunia certa credita..... sed certœ quidem creditœ pecuniœ tertiœ partis.» V. IV, § 13.

(*m*) Ciceron, pro Roscio comado, C. 4, 5.

cion; 2.ª: «appellatione autem pecuniæ omnes res *in ea lege* significatur,» y cita como ejemplos el vino, el trigo, un inmueble, un esclavo. Aquí presenta Gayo evidentemente la extension dada al significado de *pecunia* como particular de esta ley; y la voz *credere* aplicada á la estipulacion, como el lenguaje ordinario del derecho.

Esta significacion de la palabra *credere* arroja una luz nueva sobre dos pasajes de la lex Galliæ Cisalpinæ, cap. XXI, XXII, donde se lee, primero: «pecunia certa credita *signata forma publica populi Romani,*» y más adelante: «quid præter pecuniam certam creditam *signatam forma publica populi Romani.*» Si hubiera dicho solamente pecunia certa credita, habría debido comprender, segun los textos más arriba citados, toda deuda nacida de una *expensilatio* ó de una extipulacion. Como se quería someter á una regla especial la deuda nacida de un préstamo hecho en dinero efectivo, en monedas, estas palabras traen al pensamiento sobre el objeto sensible que forma la base de la obligacion. El empleo de esta circunlocucion prueba que la significacion técnica de *credita* pecunia era mucho más ámplia que la contenida en el caso particular de que se ocupa. Semejante adicion tenía, pues, el mismo objeto que la frase *adnumerata pecunia* que Ciceron opone á expensa lata et stipulata, que de propósito elige en lugar de la voz *credita*.

La frase pecunia *certa* credita que se vuelve á encontrar con frecuencia, prueba que *credita* pecunia, además del préstamo, debe designar la estipulacion. Aplicada al préstamo solamente, esta expresion hubiera sido un pleonasmo; pues el dinero prestado es siempre una suma cierta (*n*). El epíteto *certa* sólo tiene sentido con relacion á la estipulacion, cuyo objeto puede ser tanto una *certa* como una *incerta pecunia*.

Existen otros argumentos que vienen á confirmar lo que he dicho aquí sobre la naturaleza de la estipulacion. Me contentaré con indicarlos, porque ya los he expuesto en otra parte (*o*). La etimología más antigua y más verosímil de *stipulatio* es *stips*, dinero (*p*), de manera que *stipulatio* significa literalmente un negocio de dinero, lo que no puede explicarse de una manera plausible sino por la ficcion de una obligacion fundada en un préstamo en efectivo. Además, esto concuerda perfectamente con el orígen probable de la estipulacion. Las XII Tablas habían atribuido en general al *nexum* fuerza obligatoria, y de aquí la *nexi obligatio*, que no era

(*n*) Podría objetarse que puede haber bastante confianza en el prestatario para entregarle el dinero sin contarlo; pero el acreedor que no puede indicar ninguna suma, ni aún como mínimo, no tiene accion, y su único recurso consiste en la buena fé de su deudor.

(*o*) Savigny, uber dos altrömische Schuldrecht, Abhandlungen der Berliner Academie (1833).

(*p*) Varron, de lingua lat. lib. V, § 36, Festo. V. Stipen.

más que un préstamo simbólico de dinero, como la mancipacion una venta simbólica donde figuraban el metal y la balanza. Cuando, más tarde, la lex Pætelia hubo abolido la *nexi obligatio*, como no podía prescindirse de una forma general de contrato, se suprimió de la *nexi obligatio* el acto simbólico; pero se conservó la prepregunta y la respuesta orales. Esta nueva forma es la estipulacion, cuyo orígen determina tambien su carácter jurídico. Análoga al préstamo, de donde se deriva, la estipulacion engendra una *condictio*, como el préstamo y la *expensilatio*. Con motivo del *credere* que contiene la estipulacion, se encuentra una alusion muy clara á estos hechos históricos en los términos de la L. 2, § 5 de R. C., citado más arriba: «*Quodam actu* ad obligatione comparandam interposito, *veluti* stipulatione.» Estos términos generales *quodam actu* y la conjuncion *veluti* muestran que la estipulacion no era el único acto de esta especie; ahora bien, no podemos suponer otro caso más que la antigua *nexi obligatio*, cuya abolicion nos es bien conocida, y que acaso estaba más claramente indicada en el texto original de Paulo que en el del Digesto.

Puede aducirse tambien una hipótesis muy conciliable con el conjunto de los hechos históricos que acabo de exponer. Es posible que ántes de la *lex Pætelia, nexi obligatio*, trasformada en estipulacion, hubiera sido autorizada en Roma para los peregrinos, de modo que al abolir la lex Pætelia para los romanos la *nexi obligatio* no hubiera hecho más que extender á ellos la forma más libre cuyo empleo se había ya permitido á los peregrinos. El recuerdo de la antigua distincion se conservó en la regla segun la cual únicamente los ciudadanos romanos podían hacer uso de la fórmula, *dari spondes? spondeo* (*g*).

XI.

El *legatum per damnationem* dá tambien lugar á una *condictio*, y este motivo difiere enteramente de los enumerados hasta aquí. La existencia de la *condictio* se encuentra directamente reconocida por varios textos (*a*). Vemos, además, con mucha frecuencia colocar en la misma línea las acciones que resultan de la estipulacion y las que resultan de un testamento (*b*).

(*g*) Gayo. III, § 93.

(*a*) L. 9, § 1, de R. C. (XII, 1): «Competit hæc actió (es decir la *certi condictio*) etiam ex legati causa.» Gayo, II. § 204: «legatarius in personam agere debet, *id est intendere, heredem dare sibi oportere*;» se verá más adelante que esta es una de las principales formas de la *condictio*.

(*b*) L. 23, de V. O. (XLV, 1), L. 6, de in litem jur. (X, 3), L. 27, de solut. (XLVI, 3), etc. V. Gans, obligationenrecht, p. 31.

Esta aplicacion parece tambien contradecir el principio sentado como base de las condictiones, puesto que el legatario no recobra lo que había tenido anteriormente, sino que obtiene una adquisicion enteramente nueva. A esta objecion puede darse una respuesta semejante á la que se ha dado tratando de la estipulacion, y aún esta respuesta es más decisiva.

La base del antiguo testamento civil era el *nexum*, de donde tomaban su fuerza todas las disposiciones contenidas en el testamento. El heredero se consideraba como ligado por una *nexi obligatio*; luego obrando el legatario en virtud de este contrato, su accion, de igual manera que la nacida de una estipulacion, debía tener la naturaleza de la accion del préstamo, es decir, entrañar una *condictio*.

Poseemos tambien aquí la prueba directa de esta correlacion. La *nexi liberatio* era la solucion de la obligacion fundada en la *nexi obligatio* (*c*). Es sabido que la *nexi liberatio* era la forma de derecho que debía emplear el legatario para descargar al heredero de un *damnationis legatum* (*d*); luego la obligacion primitiva del heredero respecto á él descansaba en una *nexi obligatio*.

Este orígen de las *condictiones* en lo que toca á los legados no se aplica directamente más que á los testamentos civiles; sin embargo, no tenemos motivo alguno para poner en duda la admisibilidad de la *condictio* respecto á los testamentos pretorianos. Por el contrario, vemos que no se tenía ningun escrúpulo en aplicar al testamento pretoriano las reglas de derecho fundadas en la naturaleza del testamento civil y principalmente la respectiva á la necesidad de la *testamenti factio* en la persona del testador, del heredero, de los legatarios y de los testigos, si bien se refería primitivamente á la forma de la mancipacion.

XII.

Todos los casos que acabo de enumerar se refieren al principio general de las *condictiones*. Pero hay dos que no se dirivan de este principio y que, en su consecuencia, deben ser considerados como anomalías. Desde luego, es tan limitada la desviacion que no puede hacer sospechar de la legitimidad del principio; además, los romanos mismos reconocen la naturaleza excepcional del más importante de estos dos casos, lo cual confirma la regla en vez de

---

(*c*) Gayo, III, § 173.

(*d*) Gayo, III, § 175. Segun este texto no había acuerdo respecto á los casos en que se aplicaba la *nexi liberatio* á los legados. Acaso la controversia tenía por objeto la naturaleza de la condictio que había de aplicarse (*certi* ó *incerti*).

contradecirla. Estos dos casos son la *condictio ex lege* y la *condictio furtiva.*

Caracterizan la primera del siguiente modo:

L. 1 de cond. ex lege (XIII, 2) (Paulo): Si obligatio *lege nova* introducta sit, nec cautum eadem lege quo genere actionis experiamur, ex lege a endum est.

Las últimas palabras del texto no hablan expresamente de una condictio, pero la inscripcion del título prueba claramente que la palabra *agendum* designa la referida accion.

Apenas puede creerse cuánto han abusado varios autores de este nombre. Siempre que encontraban un derecho de accion que no podían referir á una regla de derecho reconocida, le imponían el nombre de *condictio ex lege* y citaban el número y la rúbrica del texto del Digesto, destinado á probar la existencia de la accion (*a*). Era un medio muy cómodo de designar las acciones cuyo nombre no se conocía, y por vía de consecuencia, se les aplicaba tambien indiferentemente la denominacion de *actio in factum* (*b*), aunque apenas hay en el derecho romano una oposicion tan marcada como la que existe entre estas dos especies de acciones. Haciendo después aplicacion de este método al derecho moderno, se hablaba de *condictio ex canone, ex statuto, ex moribus.*

No tengo necesidad de observar que Paulo se refería únicamente á las acciones fundadas en los decretos del pueblo y no á las establecidas por el edicto ó que resultan de las interpretaciones de los jurisconsultos; por otra parte, debemos extender las declaraciones de su texto á todas las acciones introducidas posteriormente por decretos imperiales, y en efecto, veremos en seguida que Justiniano hizo expresamente en muchos casos esta aplicacion.

XIII.

Paulo añade que para que haya lugar á la *condictio ex lege* es preciso que la accion haya sido concedida legè *nova*; ¿pero cuál es el límite entre las antiguas y las nuevas *leges*, base de esta distincion?

Varios autores han dicho que Paulo entiende todos los decretos del pueblo posteriores á las XII Tablas (*a*); lo cual excluiría las *furti actiones* establecidas en este código; y, por el contrario, debería ser denominada *condictio ex lege* la *actio legis Aquiliæ*, por más que no fuera realmente una *condictio*, como se verá más ade-

---

(*a*) Así, por ejemplo, la condictio ex L. 32, de reb. cred., llamada tambien condictio juventiana. V. t. II. § 136, *f*.

(*b*) Glück, t. XIII, p. 238.

(*a*) Glück, t. XIII. p. 252.

lante (*b*). Paulo tuvo en cuenta, sin duda, la gran modificacion introducida por la lex *Æbutia,* pues desde entónces el edicto del pretor creó *formulæ* especiales para todas las acciones usuales. Semejantes *formulæ* se daban entónces ciertamente para todas las acciones fundadas en los decretos anteriores del pueblo; pero cuando más tarde, un nuevo decreto introducía una accion sin especificar la fórmula, se le aplicó simplemente la *condictio ex lege,* es decir, la *intentio dare* (ó *dare facere oportere*), sin examinar si esta aplicacion estaba ó no conforme con el principio general de las *condictiones.* En principio, un *oportere,* es decir, una obligacion verdadera segun el *jus civile,* sólo existía en los casos precedentemente enumerados; pero cuando un decreto del pueblo, ó más tarde una ley imperial, establecía una obligacion nueva, no era ménos cierta su existencia que si hubiera podido ser deducida del principio.

De esta manera se explican las anomalías que aparecen en la aplicacion de la *condictio ex lege.* Veremos en seguida con cuanta reserva hicieron de ella uso los romanos.

La tentativa de fijar la cronología no puede llevarse muy adelante, porque la fecha de la ley *Æbutia,* como la de la mayor parte de los antiguos decretos del pueblo, nos es desconocida.

Voy ahora á indicar el pequeño número de aplicaciones ciertas que encontramos de la *condictio ex lege.*

No tenemos que citar aquí más que un solo decreto del pueblo. Segun la *lex Julia de adulteriis,* en el caso de la absolucion del acusado, el propietario, cuyo esclavo había perecido ó había sido perjudicado por la tortura, debía recibir una indemnizacion simple, si el esclavo era testigo, y doble, si era el mismo acusado. Aquí se añade expresamente: per condictionem *qua ex lege descendit* (*c*). Esta aplicacion se encuentra fuera del principio de las condictiones, pues el valor del esclavo sometido á la tortura no había formado nunca parte del que debía la indemnizacion simple ó doble.

Cuando un demandante exagera su reclamacion, ocasionando así al demandado gastos inútiles de procedimiento, debe, no solamente la indemnizacion, sino además el doble de esta suma á título de pena; y sobre esta prescripcion de Justiniano se dice expre-

---

(*b*) Nadie objetará que la *lex Aquilia* no dá lugar á la *condictio ex lege,* porque determina expresamente el *genus actionis* que aplicar, es decir, la actio legis Aquiliæ. Si esto debiera considerarse como una determinacion del *genus actionis,* no habría en general *condictio ex lege* posible segun los términos de Paulo, pues no existe ningun decreto del pueblo que no sea susceptible de ser de este modo designado por el nombre de un individuo.

(*c*) L. 27, § 15, 16, L. 28, ad L. J. de adult. (XLVIII, 5).

samente; *ex lege condictitiam emanare* (d). Esta accion se encuentra tambien fuera del principio de las *condictiones.*

Una frase semejante se emplea cuando el demandante sucumbe en una *hereditatis petitio,* despues de haber pagado de sus bienes las deudas de la sucesion. El citado demandante puede reclamar estas expensas del heredero verdadero (contra el que ha litigado sin éxito), «negotiorum gestorum, vel *ex lege condictione* (e). Sin embargo, la *condictio* ordinaria *sine causa* podía bastarle; pues el heredero verdadero encuentra realmente en sus bienes el valor del dinero adelantado, de manera que en este texto la denominacion parece mal aplicada. Es indudable la aplicacion de la *condictio ex lege* en el caso de una dote (*f*) ó de una donacion (*g*) prometidas por *nudum pactum* y sin estipulacion. Las leyes imperiales han creado, en efecto, para estos dos casos, acciones que no corresponden al principio general de las *condictiones*; y sólo á una circunstancia accidental se debe que los citados textos no emplean respecto de ellas el nombre de *condictio ex lege.*

La accion en virtud de la cual es revocada una donacion por causa de ingratitud debe ser tambien considerada como una *condictio ex lege* (Tratado, § 169).

XIV.

Considero como incierta la aplicacion de la *condictio ex lege* á la accion *ex lege Cornelia de injuriis* (a), porque no sabemos si este decreto del pueblo era una *lex nova,* en el sentido más arriba expresado, lo que me parece verosímil, ni tampoco sabemos si había determinado este mismo decreto el *genus actionis.*

Por último, me parece absolutamente inadmisible la aplicacion de la *condictio ex lege* á los casos siguientes.

Desde luego, para el *damnationis legatum.* Podría pretenderse llamar *condictio ex lege* XII *Tabularum,* á la *condictio* admitida incontestablemente en este caso (núm. XI), desechando así, por demasiado artificial, la explicacion que he dado de la *condictio* con-

---

(*d*) § 24, J. de act. (IV, 6).

(*e*) L. 12, § 1, in f. C. de pet. her. (III, 31). El demandante cuya pretension se ha rechazado puede además reclamar la suma del que la ha recibido, por medio de la *condictio indebiti.* En este caso, de que no se hace mencion aquí, no resultaría libre el verdadero heredero (L. 19, § 1, de cond. indeb., XII, 6). Se supone, pues, que el demandante ha preferido considerar el pago como válido y ejercitar su recurso contra el verdadero heredero.

(*f*) L. 6, C. de dotis promiss. (V, 12).

(*g*) L. 35, § 5, C. de don. (VIII, 54). V. t. III, § 169.

(*a*) L. 5, de injur. (XLVII, 10).

cedida al legatario; pero nada hay que pueda justificar la denominacion de *lex nova*, aplicada á la ley de las XII Tablas.

Las sumas pagadas contra las prescripciones de la *lex Cincia* podían ser repetidas, y, sin ninguna duda, en virtud de una *condictio* (*b*); pero considero como infundada la aplicacion de una *condictio ex lege Cincia*. No entro á examinar si esta ley podía ser llamada *lex nova* en el sentido expresado; bástame advertir que en todo caso era suficiente la *condictio sine causa* ú *ob injustam causam*, esto es, el principio ordinario de la *condictio*, que no necesitaba ser completada por la *condictio ex lege*.

Tampoco la *actio legis Aquiliæ*, y este es un asunto más importante, debe ser conside ada como *condictio ex lege*, ni aún siquiera como *condictio*. (V. núm. XX). Desde luego, es difícil creer que la *lex Aquilia* sea una *lex nova*, en el sentido indicado por Paulo; por otra parte, nada podemos precisar á este respecto, porque ignoramos su fecha; mas para convencerse de que no es una *condictio*, basta leer de pasada los dos títulos del Digesto, uno de *condictione furtiva*, el otro *ad L. Aquiliam*. En el primero, todos los textos sin excepcion, hablan de *condictio* y de *condicere*; en el segundo estas palabras no se encuentran una sola vez, por más que en él se examinen las acciones bajo todas sus fases. Estas diferencias de fraseología, sostenida en dos títulos enteros, se encuentra resumida en un texto en que ámbas acciones se comparan la una á la otra (*c*).

Podría resultar una duda muy especiosa de un texto colocado en un título del Digesto (*d*), donde á propósito de una *certi condictio*, es decir, de una condictio que tiene por objeto una suma determinada, se lee:

Competit hæc actio ex legati causa, *et ex lege Aquilia*.

Este texto no indica ninguna clase particular; tenemos, pues, que buscar un caso al que se aplique el principio general de las condictiones, pero cuya naturaleza nos explica la causa de ser tan raramente mencionado.

La esencia del *damnum injuria datum* consiste en que un indivíduo se empobrezca por el hecho culpable de otro. Ordinariamente el autor de este hecho no resulta enriquecido; sin embargo, este resultado se da algunas veces, y semejante circunstancia entraña consecuencias enteramente especiales (*e*), entre las que puedo

---

(*g*) Vatic. fragm., § 266. Véase el Tratado, t. III, § 165, *d*.[1]

(*c*) L. 2, § 3, de priv. delictis (XLVII, 1). «Quæsitum est, si *condictus* fuerit ex causa furtiva, an nihilominus L. Aquilia *agi* possit. Et scripsit Pomponius, agi posse, quia alterius æstimationis est L. Aquiliæ *actio*, alterius *condictio* ex causa furtiva, etc.»

(*d*) L. 9, § 1, de R. C. (XII, 1).

(*e*) L. 23, § 8, ad L. Aquil. (IX, 2). V. el tratado, § 212, *g*.

figurar una condictio *independientemente* de la *actio legis Aquiliæ*, cuya base jurídica es muy diversa; pero cuyo efecto (la indemnizacion) es en gran parte idéntico. Cuando, por ejemplo, mi deudor destruye el documento donde consta su deuda, privandome de este modo de la accion que resulta del documento, tengo contra él, por el hecho de la destruccion del escrito, la *actio legis Aquiliæ* (*f*), y por consecuencia del beneficio que realiza, una *condictio sine causa*, que aquí sería una *certi condictio*. De igual manera cuando mi *adstipulator* libraba por su exclusiva voluntad al deudor, tendría yo contra él la *actio legis Aquiliæ*, por causa de este perjuicio (*g*); pero si él mismo se aprovechaba del hecho, como por ejemplo, si llegaba á ser heredero del deudor, tendría contra él una *certi condictio sine causa*, por la suma por mí perdida (*h*). Vése, pues, cuán raros y complicados son estos casos, y esto nos explica la razon de presentarse la *condictio* como indudable y el motivo de no mencionarse más que una vez, de una manera accidental, con ocasion de la *certi condictio*, á fin de demostrar la variedad de aplicaciones de que esta accion era susceptible. La relacion es aquí precisamente la misma que la del robo, el cual engendra dos acciones enteramente diversas: del delito nace la *furti actio*; de la ganancia ilícita la *condictio furtiva*. Esta relacion aparecerá todavía con más evidencia por las consideraciones que seguirán después. La única diferencia consiste en que el *damnum* enriquece muy rara vez, y le robo enriquece siempre.

XV.

Réstame examinar la condictio *furtiva*, cómo la segunda accion que se separa de la naturaleza regular de las condictiones (núm. XII). Su designacion más exacta y más ordinaria es la de *condictio ex causa furtiva* (*a*); *condictio furtiva* se usa con mucha ménos frecuencia (*b*), y en realidad no es más que la abreviatura más cómoda de la primera designacion.

(*f*) L. 40, 41, 42, ad L. Aquil (IX, 2) L. 27, § 3, L. 3; § 1, de furtis (XLVII, 2.)

(*g*) Gayo, III, § 215, 216.

(*h*) De este modo lo entiende con razon Heffter. Observ. in Gajum, L. IV, p. 66.

(*a*) L. 2, 3, 5, 8, § 1, 9, 16, 18, de cond. furt. (XIII, 1), L. 2, § 3, de priv. del. (XLVII. 1), y muchos otros textos.

(*b*) Estas palabras se encuentran en la rúbrica del título del Digesto (XIII, 1) y del Código (IV, 8), en la L. 3, § 2, L. 21, § 5, rer. amot. (XXV, 2) y acaso tambien en otras partes, pero ciertamente en un pequeño número de lugares. Debo añadir que la leccion del texto citado es dudosa, pues la Vulgata dice: *ex causa* furtiva.

Sería gran error considerar esta accion y sus aplicaciones más frecuentes como fuera del principio general de las condictiones. Cuando el ladron gasta el dinero ó consume el trigo que ha robado, se enriquece injustamente á expensas del propietario así despojado de sus bienes; y para los casos de esta especie satisface completamente la *condictio sine causa* ordinaria (núm. VIII). De igual modo, cuando el ladron pierde la cosa robada, se encuentra obligado sin haberse enriquecido; pero esta obligacion resulta de la *mora* que acompaña siempre al robo *(c)* y, por consiguiente, no hay desviacion alguna de las reglas sentadas para la *condictio sine causa.*

Esta accion no es, pues, en realidad más que una aplicacion de la *condictio sine causa,* y no se hubiera hecho de ella una accion especial designada por un nombre determinado, sin la circunstancia siguiente.

En principio, la necesidad y la posibilidad de la *condictio* sólo existe cuando el demandado no posee ya la cosa; pues de otro modo basta la reivindicacion; además, la condictio no puede tener por objeto un *dare* (núm. V). Así, pues, rigurosamente, la persona robada debería primero indagar cuidadosamenle si el dinero que se le ha robado puede todavía distinguirse, y debería ser rechazada su demanda si se equivoca en la eleccion de su accion; pero aquí las mayores precauciones no ofrecen una garantía cierta; pues el ladron puede á cada instante gastar el mismo dinero robado ó mezclarlo con otro. Y mandando la equidad que la persona robada sea puesta al abrigo de semejante peligro, ha sido admitida por excepcion la *condictio,* aunque la cosa exista todavía, y sea por tanto posible la reivindicacion (*d*). De modo que bajo esta re-

---

(*c*) L. 17, 20, 8 pr. de cond. furt. (XIII, 1).

(*d*) Gayo, IV, § 4, «...certum est, non posse nos rem nostram ab alio ita petere: si paret eum *dare* oportere, nec enim, quod nostrum est, nobis dari potest... Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est, ut... ex hac actione etiam teneantur: si paret eos dare oportere: quamvis sit etiam adversus eos hæc actio, qua rem nostram esse petimus.» § 14, J. de act. (IV, 6), L. 1, § 1, de cond. trit. (XIII, 3). El beneficio que la admision de esta accion procura al propietario robado, debe comprenderse de la manera explicada más arriba en el texto, por lo cual, cuando el objeto era exhibido no tenía interés el propietario en ejercitar la *condictio*, más bien que la reivindicacion, pues una y otra accion le daban entónces precisamente idéntico resultado. Observo, además, que toda la dificultad y la anomalía que entraña consiste únicamente en la redaccion de la fórmula. Los redactores de la Instituta se han equivocado al considerar el asunto bajo el mismo punto de vista que Gayo, pues las antiguas fórmulas se habian abandonado desde hacia largo tiempo, y no se empleaba el *dare oportere*. Ya en tiempo de Gayo no ofrecía dificultad la fórmula *dare facere oportere*, puesto que implicaba el simple *restituere*. Pero, sin duda, se quería

lacion solamente deroga esta accion la regla general de las *condictiones*, y la derogacion consiste en que se abandona para favorecer al demandante la eleccion obligada entre la *condictio* y la reivindicacion (núm. V., *f. g.*)

XVI.

La *condictio* así modificada, se aplica todavía á un caso diferente, pero análogo, cual es, el despojo violento causado al propietario de un inmueble. Este puede entónces reclamar excepcionalmente su cosa por vía de *condictio*, eligiendo así entre ésta y la reivindicacion. Esta extension, controvertida al principio, fué despues formalmente admitida (*a*); sin embargo, debe reconocerse que la necesidad era ménos imperiosa que en el robo de una cosa mueble; pues los inmuebles no se consumen, y su poseedor actual puede ser fácilmente descubierto.

Otras extensiones de la condictio no son más que aparentes, pues los casos á los cuales se refieren dichas extensiones, están ya comprendidos en el primitivo principio.

Así, la condictio se aplica sin contradiccion alguna al robo hecho á mano armada (*b*); pero en ello no hay extension, porque el robo oculto es un *furtum* verdadero y propiamente dicho (*c*).

Se aplica igualmente la condictio á las sustracciones verificadas entre esposos (*d*); pero este hecho es un *furtum* verdadero, cuyas consecuencias se dulcifican por consideracion al lazo conyugal (*e*).

XVII.

Por la exposicion que precede, se vé que la *condictio furtiva* no resulta de un delito como la *furti* y la *doli actio*, sino que resulta,

---

asegurar al propietario robado los beneficios especiales de la fórmula *dare oportere*, respecto á los que volveré más adelante. Por lo demás, la incertidumbre y los peligros del procedimiento subsistían siempre.

(*a*) Labeon sostenía el contra; Sabino, Celso y Ulpiano el pro, cuya opinion adoptó Justiniano, como lo prueba la insercion de los textos siguientes: L. 25. § 1, de furtis (XLVII, 2), L. 2, de cond. trit. (XIII, 3).

(*b*) L. 2, § 26, vi bon. rapt. (XLVII, 8), L. 4, § 1, de cond. trit. (XIII, 3).

(*c*) L. 1, L. 2, § 10, 26, vi bon. rapt. (XLVII, 8).

(*d*) L. 17, § 2, rer. amot. (XXV, 2). Queda siempre la cuestion de saber si la *actio rerum amotarum* es una *condictio*. (L. 26, eod.), ó si concurría con ella una *condictio furtiva* (L. 21, § 5, eod.) Sin embargo, no existe contradiccion necesaria entre ámbos textos. El principio general de la *condictio sine causa* se aplica aquí á toda clase de robo (núm. XV).

(*e*) L, 2, 29, rer. amot. (XXV, 2).

como cualquiera otra *condictio sine causa,* del hecho de enriquecerse sin motivo el adversario á nuestras expensas, hecho que puede designarse como un cuasi-contrato. Por otro lado, no puede negarse que si bien esta accion no nace del delito mismo como tal, supone necesariamente la existencia de un delito; pues de otro modo, no tendría el carácter particular más arriba definido.

Esta doctrina, sin embargo, está muy léjos de ser generalmente admitida, y la naturaleza de esta accion, en lo que toca principalmente á saber si resulta ó no *ex delicto,* ha sido desde hace siglos el asunto de una gran controversia entre los jurisconsultos (*a*). La cuestion tiene una gran importancia para la verdad de los principios que acabo de exponer; pues si esta *condictio* resulta efectivamente de un delito, semejante resultado no puede conciliarse con estos principios. Inútilmente se alegaría la naturaleza excepcional de la *condictio furtiva,* pues, en mi sentir, este carácter excepcional no pertenece á la accion en general, sino á una de sus aplicaciones (núm. XV). Diferentes motivos existen que prueban, en mi opinion, que esta accion no resulta de un delito.

Desde luego Ulpiano en el siguiente texto, la opone literalmente y de la manera más precisa á todas las acciones *ex maleficio,* observando que la compensacion le es aplicable como á estas otras acciones, de las cuales, por consiguiente, no forma parte (*b*): Quotiens *ex maleficio* oritur actio, *utputa ex causa furtiva,* ceterorumque maleficiorum; si de ea pecuniarie agitur, compensatio locum habet. *Idem est et si condicatur ex causa furtiva.*

Segun este texto, existen pues, por consecuencia de un delito (ex *causa* furtiva) dos acciones diferentes. La una es ex maleficio (evidentemente la furti actio); la otra (que por consiguiente ex maleficio non oritur) es la condictio furtiva.

Cuando se comete un robo, el ladron, los que le han ayudado y los que le han aconsejado, se consideran como igualmente culpables y se castigan con la misma pena (*c*). Sin embargo, la *condictio* sólo se ejercita contra el ladron mismo (*d*). Para explicar esta

---

(*a*) Uno de los autores más modernos que consideran esta accion como resultante de un delito es Franke, Beyträge, p. 28, 33, Glück, t. XIII, § 839, cita un gran número de autores que han tratado esta cuestion. La doctrina que considera esta accion como resultante de un cuasi contrato se encuentra ya en algunos autores, por ejemplo, en Lyclama Benedictor., lib. I. C. 1-8. Krug, de cond. furtiva, Lips. 1830, p. 8-2 estima esta accion como nacida de un delito; pero la refiere sin motivo suficiente, á la ficcion de una transaccion, pretendiendo explicar así sus caractéres particulares, tal como la trasmision de la accion contra los herederos del culpable.

(*b*) L. 10, § 2, de compens. (XVI, 2).

(*c*) § 11, J. de oblig. ex del. (IV, 1).

(*d*) L. 6, de cond. furt. (XIII, 1).

distincion, es preciso reconocer que la condictio resulta, no del delito, sino del enriquecimiento injustificado, hecho enteramente distinto del delito que lo acompaña, y que tiene igual naturaleza que muchos otros casos en que el enriquecimiento existe sin ninguna relacion con el delito.

Las relaciones de derecho que aparecen cuando el robo se comete por un esclavo ó por un *filiusfamilias* son decisivas para nuestra cuestion. Las reglas generales de derecho sobre los actos orígen de las obligaciones de estas personas sometidas á potestad son las siguientes:

1) Respecto á las personas extrañas.

a) El señor del esclavo puede ser atacado, ya por una *actio* de *peculio*, ya por una *actio noxalis*, pero estas dos acciones se excluyen mútuamente (*e*). Los contratos y los cuasi-contratos engendran la *actio* de *peculio*, nunca la actio *noxalis*; los delitos engendran la *actio noxalis* y nunca la de *peculio* (*f*).

b) El esclavo, despues de la manumision, puede ser atacado á causa de sus delitos y no á causa de sus contratos; en otros términos, sus obligaciones resultantes de los delitos son entónces *civiles*; las que resultan de contratos *naturales* (*g*).

2) Respecto al señor mismo.

Los contratos engendran *naturales obligationes* eficaces miéntras subsiste la servidumbre y despues de la manumision. Los delitos no engendran obligacion alguna *civil* ni *natural*, ni durante la servidumbre, ni despues de la manumision.

En todas estas aplicaciones la *condictio furtiva* nos aparece como una accion resultante de un contrato (*h*), es decir, como el contraste directo de la *furti actio*.

1) Cuando el esclavo ó el hijo de familia roba á un tercero.

a) Este tercero tiene contra el señor ó el padre la accion *de peculio*; así, pues, no se concede accion *noxalis*, y la de peculio, solamente hasta el importe del beneficio que el robo le procura al señor ó al padre (*i*). Hé aquí cómo se explica esta restriccion.

(*e*) He suministrado la prueba de lo expuesto en el apéndice IV, t. I. y en el Tratado, § 211, *a*.

(*f*) L. 49, de O. et A. (XLIV, 7).

(*g*) L. 1, § 18, depos. (XVI, 3),

(*h*) Propiamente *quasi ex contractu*, como la *condictio indebiti*, *sine causa*, etc, que, en general, tienen el mismo carácter que las verdaderas acciones nacidas de los contratos.

(*i*) L. 3, § 12, de peculio (XV, 1): «..... et es verius *in quantum locupletior factus esset*..... actionem de peculio dandam» (es decir, la *condictio* cuya admisibilidad se habia cuestionado). L. 30, pr. de act. emti (XIX, 1): «...si jam traditus furtum mihi fecisset (es decir, si he sido robado por mi antiguo esclavo despues de la venta que de él he hecho), aut omnino condictionem eo nomine de peculio non haberem, aut eatenus ha-

Cuando el dinero robado se disipaba inmediatamente, de manera que no quedase nada de él, rigurosamente hablando, no existia ninguna accion contra el ladron ordinario, porque éste no se encontraba enriquecido, y si existe una accion contra él, es porque, como ladron, está siempre constituido en *mora*. Si, pues, el ladron es un esclavo, se tiene contra el señor la accion *de peculio*, pero sin esta modificacion agravante, porque no habiendo robado dicho señor, no incurre en *mora*, y por consiguiente, sólo puede ser perseguido hasta la concurrencia con su beneficio actual. Esto se expresa de una manera más exacta diciendo: la *condictio* ejercitada contra el señor no es la *condictio furtiva*, sino la condictio ordinaria, y no modificada, *sine causa* (*k*).

b) Despues de la manumision del esclavo ladron, no existe contra él la *condictio*, porque la obligacion que le sirve de base es solamente *naturalis*, como resultante de un contrato; pero existe contra él la *furti actio*, como fundada en un delito (*l*).

2) Cuando el esclavo roba á su señor la obligacion que motiva la condictio es *naturalis*, de manera que disminuye *ipso jure* y conserva la misma eficacia despues de la manumision (*m*).

Por último, una prueba decisiva de que la *condictio* no resulta del delito es que se ejercita sin restriccion contra los herederos del ladron (*n*). Si la accion estuviese fundada en un delito, el here-

---

berem, *quatenus ex re furtiva auctum peculium fuisset*». L. 4, de cond. furt, (XIII, 1): «quod ad eum pervenit» (V. núm. XVIII) donde se encuentra explicado este texto.

(*k*) L. 30, pr. de act. emti (XIX, 1): «condictio eo nomine mihi adversus te competat, *quasi res mea ad te sine causa pervenit*.» Propiamente hablando, no es esta la *actio* de *peculio*, pues enriqueciéndose el señor con el robo de su esclavo, es admisible esta accion, aunque el esclavo no tuviera peculio. De este modo acaso se explique la frase un poco vaga (aut omnino...non haberem de la L. 30. cit., nota *i*, como tambien la demasiado general, por otra parte, de la L. 5, de cond. furt. (XIII, 1): «...nunquam enim *ea condictione* alius, quam qui fecit tenetur, aut heres ejus » Segun estas palabras, se vé que la *condictio* no puede ser nunca considerada como *actio noxalis*.

(*l*) L. 15, de cond. jur. (XIII, 1): «Quod ab alio servus subripuit, ejus nomine liber *furti tenetur: condicci autem ei non potest*, nisi liber contrectabit.» Este texto es el más decisivo de todos y es inconciliable con la doctrina que considera la *condictio furtiva* como nacida de un delito, pues la regla *noxa caput sequitur* es absoluta y abraza á todas las acciones que resultan de los delitos. Las palabras finales no ofrecen dificultad alguna, porque la detentacion de la cosa, continuada despues de la manumision, constituye un nuevo robo que, independientemente del hecho anterior, debe producir sus ordinarias consecuencias.

(*m*) L. 30. pr. de act. emti (XIX, 1). «...ipso jure ob id factum minutum esse peculium, eo scilicet, quod *debitor meus ex causa condictionis sit factus*.»

(*n*) L. 5, L. 7, § 2, de cond. furt. (XIII, 1).

dero sólo estaría obligado hasta la concurrencia del beneficio que le procura el robo (*o*); pero tiene la naturaleza de contrato y para el ladron mismo es independiente del beneficio por consecuencia de la *mora*. Ahora bien, las acciones fundadas en los contratos se ejercitan contra los herederos, y una vez constituida la *mora*, conserva sus efectos (*p*), de manera que no se interrumpe ni por la muerte del acreedor ni por la del deudor (*q*).

XVIII.

Sin embargo, no debo pasar en silencio dos textos que parecen contradecir la doctrina aquí sentada.

El uno es del Ulpiano y contiene lo siguiente (*a*).

Si servus vel filiusfamilias furtum commiserit, condicendum est domino id, *quod ad eum pervenit*: in residuum, *noxæ servum dominus dedere potest.*

A primera vista parece que este texto presenta la *condictio* como una accion resultante de un delito, y como ejercitándose contra el señor á título de *actio noxalis*. Pero como entónces resultaría en contradiccion directa con todos los textos anteriormente citados, debemos tratar de ponerlo de acuerdo con ellos, por vía de interpretacion. Ulpiano se pregunta hasta qué punto puede el robo cometido por un esclavo comprometer los bienes de su señor. Y raciocinia diciendo que no puede quedar indefinidamente obligado por las responsabilidades nacidas del robo; la condictio no le ocasiona ninguna pérdida, puesto que le obliga á restituir solamente el beneficio que el robo le procura; queda pues la *furti actio*, que ejercitada contra él como *actio noxalis* puede obligarlo á devolver el exceso de valor del robo, al cual puede tambien añadirse una pena; pero en todo caso está en su mano librarse por la *noxæ actio*, de manera que el robo no puede nunca disminuir sus bienes más allá del valor del esclavo. Esta interpretacion añade sin duda al texto muchas cosas de que no habla, y sólo puede ser justificada por la necesidad de conciliarlo con los demás textos. Dicha contradiccion aparente debe ser imputada á la torpeza de los compiladores (*b*).

El segundo texto es un rescripto de Diocleciano (*c*), segun el

---

(*o*) Véase el Tratado, § 211, *h*.
(*p*) L. 87, § 1. de leg. 2, (XXXI, un).
(*q*) L. 37, de usuris (XXII, 1).
(*a*) L. 4 de cond. furt. (XIII, 1).
(*b*) Pothier, Pand. Just. XIII, 1, art. 1, núm. VIII, nota f., presenta en resúmen esta explicacion.
(*c*) L. 1, C. de cond. furt. (IV, 8). He trasladado literalmente este texto en el Tratado, § 211, *b*.

cual la condictio puede ejercitarse por la totalidad contra cada uno de los que han cometido un robo en comun, pero de tal suerte que el pago hecho por uno de ellos liberta á los demás. Este texto parece designar una accion resultante de un delito, es decir, una accion penal unilateral, tal como la *doli actio*, pues esta regla rige efectivamente para esta clase de acciones (*d*). Por el contrario, si, como pretendo, la condictio tiene por causa el beneficio realizado por el demandado, parece que debería ejercitarse exclusivamente contra los ladrones detentadores del dinero, y si lo han dividido, contra cada uno de ellos por su parte. Pero esta objecion especiosa sucumbe ante la consideracion que hace permitir al propietario reclamar su cosa áun existente en virtud de la *condictio* (núm. XV); pues si el propietario robado tuviese la obligacion de indagar qué parte del objeto posee cada uno de los ladrones, se expondría a los inconvenientes y peligros en el procedimiento que se ha querido evitarle en el otro caso. La equidad más evidente prescribía separarse aquí del rigor del principio y que se le permitiese al propietario escoger aquel de los ladrones al que le plugiera perseguir.

XIX.

Voy á resumir lo que hasta aquí he dicho. La base y la condicion de las condictiones es una obligacion que se relaciona con el beneficio realizado por el deudor actual, á expensas del acreedor, beneficio que se trata de restituir (*a*). Unas veces este beneficio es real, como en el caso del préstamo y del *indebitum* (núm. IV-VIII); otras veces es ficticio, como en el caso de la *expensilatio*, de la estipulacion y del legado (núm. IX-XI). Vienen después ciertas extensiones poco importantes y enteramente positivas que no se pueden referir á este principio fundamental (núm. XII-XVIII). Para poner más de manifiesto la significacion de esta regla es necesario abrazar de una ojeada todas las obligaciones que se encuentran excluidas de la aplicacion de la condictio y que se refieren á otras acciones.

(*d*) V. el Tratado, § 211, *c*.

(*a*) Así, pues, no es bastante que otro se enriquezca á mis expensas para tener el derecho de repeticion; pero *cuando* tengo este derecho, la accion que debo ejercitar es una *condictio*. Este derecho se funda principalmente en la voluntad de antemano expresada (el préstamo), en el error (el *indebitum*, etc.), en la violencia ejercitada por otro (*cond. sine causa furtiva*). Pero cuando el enriquecimiento resulta de mi liberalidad (donacion) ó no es más que el equivalente de una prestacion recíproca (el precio de una venta, de un arrendamiento, etc.), no tengo ningun derecho de repeticion, y por consiguiente no hay lugar á ninguna *condictio*.

Estas obligaciones excluidas se dividen en dos clases. El derecho cuyo goce reclama el demandante por su accion, forma todavía parte de sus bienes ó no ha formado nunca parte de ellos. En ninguno de estos casos puede pretender el demandante que el adversario le ha privado de uno de sus bienes, que es lo que constituye la condicion fundamental de las *condictiones.*

Los casos de la primera clase han sido mencionados más arriba y suscitan pocas dificultades; estos son: el préstamo, miéntras que el dinero, por un motivo cualquiera, no ha llegado á ser de la propiedad del prestatario, pues en esta circunstancia debe ejercitarse la reivindicacion y no la condictio, porque ámbas acciones se excluyen mútuamente (núm. V); otro tanto es aplicable al depósito, al comodato, á la prenda, supuesto que la cosa existe todavía materialmente en poder del que la ha recibido. Independientemente de la reivindicacion, todos estos casos admiten *bonæ fidei actiones*, pero nunca la *condictio* (*b*). El consumo de la cosa puede sin duda constituir un beneficio y entónces la *bonæ fidei actio* concurre con la *condictio*, como ántes concurría con la reivindicacion (núm. VI).

De igual modo, segun el rigor del principio, no debería ser admitida la *condictio furtiva* en tanto que el ladron pone la cosa robada; esta *condictio* sólo se admite por anomalía (núm XV).

XX.

La segunda clase de casos que no admiten la aplicacion de la *condictio*, son aquéllos en que la cosa litigiosa no ha formado nunca parte de los bienes del demandante, lo cual constituye una prestacion nueva, no una restitucion, porque esta restitucion de una cosa distraida de nuestros bienes forma la verdadera base de toda condictio regular, como lo reconocen expresamente los textos del derecho romano (*a*).

(*b*) Podría objetárseme que en el contrato de prenda hay enajenacion, si no de la propiedad, al ménos de un *jus in re*, cuya restitucion puede dar lugar á una condictio. Pero miéntras la deuda subsiste, no puede ser reclamada la prenda por ninguna accion; y una vez pagada dicha deuda el *jus in re* se extingue, por sí mismo; sin que esto exija ninguna restitucion. Otra cosa sucedía con la *fiducia*, respecto á la cual, una vez pagada la suma, existía evidentemente una *condictio* para reclamar la restitucion de la cosa, por vía de remancipacion, pues había precision de recobrar una propiedad que había sido transferida (núm. V). Acaso la L. 4, § 1, de R. C. (XII, 1) se refería en el texto original á una fiducia. V. núm. IV, *b*.

(*a*) L. 1, de R. C. «mox *recepturi* quid ex contractu *credere* dicimur.» V. (núm. V, 6). L. 2, pr. eod.: «Mutuum damus *recepturi* non eamdem speciem..., sed idem genus, etc.» Liebe, stipulation, p. 364, ex-

Estos casos comprenden dos clases importantes de obligaciones, y desde luego, el gran número de los *bonæ fidei contractus*. Aquí en los casos de la venta y del arrendamiento, por ejemplo, figuran objetos de igual naturaleza que los de las *condictiones*, pues siempre es un *dare* ó *facere* lo que se reclama, y algunas veces tambien un puro *dare* (*b*), que es el principal y el más antiguo objeto de las condictiones. Pero lo que se reclama es una cosa enteramente nueva, tal como el precio de una venta ó de un arrendamiento, la tradicion de una cosa comprada, las gestiones para un negocio, por consecuencia de una sociedad ó de un mandato.

Por el mismo motivo se encuentra excluida de la aplicacion de la condictio una segunda especie de obligaciones: las acciones civiles fundadas en los delitos (*c*), ya tengan por objeto una pena pecuniaria, y á una indemnizacion.

Varias circunstancias parecen motivar la consideracion de la *furti actio* como una condictio. Se deriva del *jux civile*, de una *lex*, y aún de una *lex* que puede considerarse como base del *jus civile*; por último, se instruía evidentemente, no ante un *arbiter*, sino ante un *judex*. Sin embargo, no era una *condictio*. Así resulta desde luego de los imnumerables textos donde se menciona, sin darle nunca el título de *condictio*; pero principalmente de los textos donde se designa al lado de la *condictio furtiva*), pero siempre en contraste con ella (*d*). Esto se debe únicamente á que la pena pecuniaria reclamada por esta accion no ha formado nunca parte de los bienes del demandante y está destinada á enriquecer á éste último.

De igual manera, podría pretenderse considerar como una *con-*

---

plica el *recipere* por una prestacion recíproca; pero entónces la venta sería un *credere* y daría lugar á las *condictiones*.

(*b*) L. 12, § 2. de act. emti (XIX, 1). «Emtor autem numos *venditoris facere cogitur*.» Pero es realmente el *dare* en el sentido riguroso de la palabra (núm. V, *i*).

(*c*) Digo *acciones civiles*, porque respecto de las acciones pretorianas resultantes de los delitos, su solo orígen prueba que no eran *condictiones*.

(*d*) V. núm. XVII, l, y tambien L. 7, § 1, de cond. furt. (XIII, 1) «Furti actio pænam petit legitimam, condictio rem ipsam.» L. 14, de cond. causa data (XII, 4): «...cum quo non tantum furti agi, sed etiam condici ei posset.» L. 13, § 2, de jurej. (XII, 2): «et ideo neque furti, neque condictitia tenetur,» L. 17, § 2, de præscr. verb. (XIX, 5): «furti agere possum vel condicere.» Observo, sin embargo, que en un pequeño número de textos se da á la *condictio furtiva* el nombre de *furti actio*, miéntras que ésta no es nunca llamada *condictio*. Esta fraseología se explica añadiendo á la palabra *actio* el epíteto sobrentendido *condictitia*. La expresion es, por consiguiente, más bien incompleta que falsa; mas no por eso debe ser ménos censurada como equívoca y sujeta á error. He citado ya en el § 232, *h*, los textos relativos á esta cuestion.

dictio la *actio legis Aquiliæ*, por derivarse tambien de una *lex* de los antiguos tiempos; y sin embargo, no es una *condictio*, ni con relacion á la elevacion de la pena, ni con relacion á la indemnizacion. Esta elevacion, en efecto, como la pena del robo, no ha formado nunca parte de los bienes del demandante. La indemnizacion, es decir, el valor de la cosa destruida, formaba parte de los bienes del demandante, pero lo más frecuente es que no pase á los del demandado. Los casos poco frecuentes en que se verifica esta trasmision de un patrimonio á otro, dan nacimiento á una *condictio*, que está muy léjos de ser idéntica con la *actio legis Aquiliæ* pues el demandante puede escoger entre estas dos acciones (núm. XIV).

La diferencia fundamental entre las *condictiones* y las acciones civiles, nacidas de los delitos, se expresa en las fórmulas del siguiente modo. Las unas tienen por *intentio dare* ó *dare facere oportere;* las otras, damnum *decidere oportere.*

Esta última fórmula exige una explicacion, porque no se acostumbra á atribuirle una generelidad semejante.

Como *intentio de la furti actio* encontramos en Gayo la fórmula: *pro jure damnum decidi oportere*, expresiones perfectamente conformes con textos numerosos del Digesto *(f)*. Aquí *damnum decidere* significa: satisfacer á la persona robada; esta frase se aplica tambien igualmente á la transaccion, (*g*), es decir, al arreglo privado sin litigio; se aplica, de igual modo, al acto de la persona robada que recibe satisfaccion (*h*). Es, sin embargo, una acepcion ordinaria la que encontramos en la fórmula relativa á la obligacion del ladron. Esta locucion tenía evidentemente un sentido más general que *dare*, pues podía comprender la *addictio* del *fur manifestus*, cosa que no se compadece con la voz *dare.*

Carecemos de la fórmula de la accion Aquiliana; pero creo que se componía de las palabras *damnum decidi oportere*, sin otra adicion. En efecto, *damnum* es el nombre propio de este delito (*i*); y la fórmula circunstanciada *pro jure* damnum decidere se explica, de la manera más natural, por la intencion de extender la frase damnum decidere á un caso respecto al cual, sin una particular adicion, no hubiera sido aplicable ni inteligible. Acaso se me objete que la misma lex Aquilia dice dos veces : tantum æs *dare* damnas esto (y no damnum decidere) (*k*). Pero si se quisiera recomponer la

---

(*f*) L. 61, § 1, 2, 5, de furtis (XLVII, 2), L. 7, pr. de cond. furt. (XIII. 1); como tambien la frase más general de damnum *præstare* en la L. 61 cit., § 3, 5.

(*g*) L. 9, § 2, de minor. (IV, 4), L. 13, C. de furt. (VI, 2).

(*h*) L. 46, § 5, de furt. (XLVII, 2).

(*i*) Gayo, III, § 210, 219, principalmente § 116, «damni *nomine*.»

(*k*) L. 2, pr. L. 27, § 5, ad L. Aquil. (IX, 2).

fórmula, segun los términos de la ley que nos han sido conservados, las palabras dichas formarían parte de la *condemnatio*, y la *intentio* debería expresar: si paret, hominem Agerii a Negidio occisum esse; redaccion de hecho que parece imposible admitir para uua accion civil antigua. Hé aquí como poco más ó ménos, me represento la fórmula entera de la accion Aquiliana: 1) (Demonstratio:) Quod Negidius hominem Agerii injuria occidit. 2) (Intentio:) Si paret, Negidium ob eam rem Agerio damnum decidere oportere. 3) (Condemnatio:) Judex cuanti is homo in eo anno plurimi fuit tantum æs Agerio condemna, si non paret, absolve (*l*).

No tenemos ningun vestigio de las fórmulas de otras acciones nacidas de los delitos y derivadas del antiguo derecho civil; por analogía de las dos precedentes, las más usuales é importantes de todas, estamos autorizados para suponer que su *intentio* tenía tambien por objeto un damnum decidere oportere (*m*); lo cual ofrecería la ventaja de establecer entre las acciones civiles fundadas en los delitos y las nacidas de los contratos una distincion fácil de conocer á primera vista. Acaso, cada una de estas acciones fundadas en los delitos tenía en su *intentio* una adicion característica, semejante á la de *pro jure* para la furti actio; acaso, tambien la adicion no se había juzgado necesaria mas que para esta accion sola, la más importante de esta especie, en cuyo caso, las demás habrían tenido únicamente en sus fórmulas la expresion genérica damnum decidere oportere.

Podríase pretender ahora, invocando el mismo principio que el expuesto para las acciones de que acabo de hablar, rehusar el carácter de *condictio* á la accion resultante de la estipulacion; bajo el concepto de que sirve para reclamar una cosa enteramente nueva, que no ha formado nunca parte de nuestros bienes. Mas el principio que aquí rige es muy diferente, pues el carácter de condictio de la accion estipulatoria lo debe precisamente á la naturaleza de la estipulacion (núm. X). La necesidad de la explicacion que precede para que la teoría de la condictio no fuera un tegido de inconsecuencias, confirma, admirablemente, esta manera de considerar la estipulacion.

(*l*) Lo que aquí manifiesto sobre la fórmula de la accion Aqueliana se encuentra confirmado por la interpretacion del texto de Gayo, IV, § 5. V. núm. XXV, XXVI.

(*m*) Encuentro un solo caso en que esta expresion no se aplica á un delito propiamente dicho, sinó á una relacion de derecho análoga, cual es la mala fidei possessio, que las XII Tablas castigaban con la restitucion del doble de los frutos. Festo, V. *Vindiciae*: «Si vindiciam falsam tulit... fructus duplione *damnum decidito*.»

XXI.

Voy ahora á examinar varios textos importantes de autores antiguos, comparándolos con la teoría de las condictiones. Esta comparacion servirá para confirmar la teoría, ó para prevenir las objeciones que pudieran suscitarse contra ella.

El primero de estos textos pertenece á Ciceron. El orador dice no conocer más que tres causas por las cuales pueda ser reclamada, por un *judicium* riguroso, una suma determinada de dinero efectivo: *adnumeratto* (*daito*), *expensilatio*, *stipulatio* (*a*). No se encuentra aquí la palabra condictio; pero no puede dudarse que Ciceron se refería á la accion designada en las fuentes del derecho como *certi condictio*, ó *condictio si certum petatur*. Veamos ahora hasta qué punto concuerda esta proposicion con la teoría que he sentado.

En la mayor parte de los casos, el acuerdo es evidente. En efecto, la palabra *adnumeratio* abraza, no solamente el préstamo de dinero, sino tambien el depósito violado por el depositario (núm. VI). el pago de un *indebitum* y los casos semejantes (núm. VII). Si los de la *incerti condictio* no están mencionados, se debe á que Ciceron declara no referirse más que á las acciones rigurosas que tienen por objeto una suma determinada de dinero, esto es, á la *certi* y no á la *incerti condictio*. Sin embargo, faltan aquí ciertos casos en que, segun mi teoría, existe la *certi condictio*. Son estos, los casos en que mi dinero pasa á poder de otro, sin mi consentimiento, tales como el robo (núm. VIII, XV); y además, el del legado (núm. XI). Para eludir esta objecion, podría decirse que estas aplicaciones de la condictio son posteriores al tiempo de Ciceron. Mas, desde luego, no es admisible esta suposicion en cuanto al legado, pues los derechos que de él se derivan, tienen su base en la ley de las XII Tablas; y además, no existe ningun motivo para aceptar esta solucion cronológica de la dificultad, en cuanto á los demás casos referidos, tales como la *condictio furtiva*, por más que no conozcamos la época de su orígen. Tampoco debemos imputar á Ciceron un conocimiento imperfecto del derecho ó una inexactitud de lenguaje, pues tenemos medios mucho más naturales de explicarnos el asunto. Ciceron no pretendía formular una teoría general de las acciones, sino únicamente exponer la parte relativa al caso que discutía. Así, cuando dice que no hay más que tres medios posibles de alcanzar una *certi condictio*, á saber, *adnume-*

(*a*) Ciceron, pro Roscio comœdo, C. 4, 5. He referido este texto en el apéndice XIII, núm. XI.

ratio, expensilatio, stipulatio, debe naturalmente sobreentenderse: en los casos semejantes al que nos ocupa. Ahora bien, si se trataba de un contrato, hubiera sido pedantesca afectacion observar que la *condictio furtiva* y la condictio resultante de un legado eran inaplicables, puesto que en el negocio discutido no entraban para nada el robo ni el testamento (*b*).

En todo caso, es incontestable que Ciceron reconocía cada uno de estos tres actos jurídicos como causa especial é independiente de una *certi condictio,* y principalmente la estipulacion, sin referirla á un préstamo, del cual, por otra parte, no había vestigio alguno en su negocio (*c*). Para cada uno de estos casos reconocía la *sponsio tertiæ partis,* como la introduccion legítima del proceso, pues aunque ésta había concluido, tratando de probar que ninguno de ellos existe en el asunto que discutía, afirma que la citada *sponsio* hubiera sido aplicable á todos ellos.

Así entendido, y esta interpretacion nada tiene de forzada, el texto de Ciceron, lejos de contradecir mi teoría de las *condictiones*, viene más bien á confirmarla.

XXII.

En el tiempo de las *legis actiones* se aplicaba el nombre de *condictio* á dos acciones, cuya forma descansaba en una *denuntiatio,* que tal parece ser el sentido literal de la palabra *condictio*: lege quidem Silia certæ pecuniæ, lege vero Calpurnia de omni certa re (*a*). Como más tarde se aplicó este nombre á toda clase de acciones, debemos creer que esto se hizo sin reflexion; pero debe existir entre la antigua palabra técnica y el nuevo principio de derecho un lazo íntimo que motive esta extension. La relacion no existe ciertamente en cuanto á la forma de la accion, pues la forma de la antigua *condictio* era la *denuntiatio;* y precisamente porque la nueva condictio no reviste esta forma, se dice que se le ha dado el nombre, *non propie abusive* (*b*). Debemos, pues, buscar este lazo íntimo en la naturaleza especial de las relaciones de derecho á que se aplican igualmente la antigua y la nueva *condictio.* Aquí, en efecto, encontramos una relacion muy satisfactoria, si á las palabras de *omni certa re,* añadimos, para completar el sentido: *mutuo*

(*b*) La parte esencial de esta aplicacion se encuentra en Holweg, Versuche, p. 40, y en Gans, Obligationemrecht, p. 30.

(*c*) El fin lo del negocio era una sociedad; y la deuda resultante de esta sociedad no hubiera podido motivar la *certi petitio,* á no ser por medio de una *expensilatio* ó de una extipulacion. V. Puchta, Neues Rheinisches Museum, t. I, núm. XII.

(*a*) Gayo, IV, § 19.

(*b*) Gayo, IV, § 18, § 15, J. de act. (IV, 6).

data. Ahora bien; la antigua *condictio* no era otra cosa que la accion resultante del préstamo (L. Silia) y no del préstamo de dinero solamente, sinó tambien del préstamo de todas las cosas fungibles (L. Calpurnia), entre las cuales figuraba, sin duda alguna, el trigo, como el objeto más ordinario del contrato (*c*). Precisamente, tambien la nueva *condictio* es la accion que resulta del préstamo y de otras relaciones de derecho que pueden considerarse como extensiones de la accion del préstamo.

La siguiente circunstancia confirma de una manera digna de llamar la atencion este orígen histórico: al contraste entre la *condictio ex L. Silia* y la *ex L. Calpurnia* responde exactamente el nuevo contraste entre la *certi* y la *triticaria condictio*, sobre el que insistiré más adelante. El epíteto enigmático de *triticaria* obtiene así la explicacion más sencilla y natural que puede darse.

De igual manera, las fórmulas de las nuevas condictiones está en gran parte tomada de la antigua *legis actio*. En efecto, Valerio Probo nos dá la regla siguiente: *A. T. M. D. O.*, es decir: *Ajo te mihi dare oportere* (*d*), que debe ser tomada de una *legis actio*, puesto que en las *formulæ* es siempre el pretor, y no el demandante, el que habla.

Con lo anterior puede relacionarse una consideracion más general todavía. Las más antiguas *legis actiones* (*sacramentum* y *judicis postulatio*) tenían el carácter de una pura forma, por lo cual, eran susceptibles de ser aplicadas á los más diversos objetos. La *legis actio per condictionem* tenía por contenido las necesidades especiales de varias relaciones de derecho, lo cual señala un progreso de la jurisprudencia. En el nuevo sistema de las *formulæ*, el pretor tomó estas condictiones como base de su sistema, pero dando al principio un desarrollo más completo y libre. La *legis acito per condictionem* hubiera servido en este concepto de transicion para el nuevo sistema de acciones. Admitido este encadenamiento como real, respondería á la cuestion que Gayo propone sin resolverla: ¿porqué se creyó necesaria la creacion de la *legis actio per condictionem*, puesto que el *sacramentum* y la judicis postulatio llenaban ya el mismo fin? (*e*).

XXIII.

La L. 9, de R. C. (XII, 2) determina la aplicacion de la *certi con-*

(*c*) El préstamo de cosas que no son dinero (núm. IV) se encuentra rara vez en las fuentes del derecho, como igualmente sucede en la vida real. El caso más ordinario de aplicacion es del agricultor á quien le falta la cosecha y toma granos prestados para alimentarse y para sembrar, obligándose á devolverlos de la recoleccion del año siguiente.

(*d*) Autores latinæ linguæ, ed. D. Godofredo, 1602, p. 1453.

(*e*) Gayo, IV, § 20.

dictio; pero su comprension es tan general que pudieran creerse inútiles todas las demás acciones personales, puesto que la *certi condictio* bastaría para proteger todas las obligaciones; segun la generalidad de este texto, podría tambien considerarse como supérflua la *incerti condictio*.

Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur: sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto: licet enim nobis ex omni contractu certum condicere.

Podría buscarse una restriccion en la palabra *contractu*, lo cual limitaría la accion á las relaciones de derecho fundadas en los contratos; pero las locuciones mucho más generales *ex omni causa, ex omni contractu* rechazan esta interpretacion, y además, el § 1 del mismo texto dice que la accion puede aplicarse tambien á un legado y al delito de la lex Aquilia.

Y lo que debe prevenirnos contra la extension exagerada que pudiera darse á este texto, es que los mismos romanos juzgaron necesario establecer, independientemente de la *certi condictio*, muchas otras acciones personales. Hé aquí, en realidad, el pensamiento de Ulpiano. Para la admision de la *certi condictio* se requieren ciertas condiciones positivas; Ulpiano no dice cuáles sean estas condiciones, pero es evidente que son las que ántes he enumerado (*a*). Cumplidas estas condiciones y siendo susceptibles de aplicarse á las relaciones de derecho más diversas, importa poco la naturaleza de la particular relacion jurídica existente entre las partes. Así, pues, (una vez admitido el cumplimiento de estas condiciones), la *certi condictio* es siempre posible, ora tenga por base un contrato, ora otro acto cualquiera, ora el contrato sea *certus*, ora *incertus*. Las palabras *sive ex incerto* han suscitado, sin motivo, muchas dudas, fundadas en la ambigüedad de la expresion, que puede referirse igualmente á la indeterminacion del *objeto* y á la indeterminacion *de la naturaleza del contrato*. Así, en el primer sentido, se llama *incerta stipulatio* á una estipulacion cuyo objeto es incierto; por ejemplo, una promesa de trabajos, que, por medio de una estimacion, tambien incierta, debe reducirse siempre á un valor determinado (*b*). Este sentido no puede ser el de nuestro tex-

---

(*a*) Esta interpretacion que á primera vista parece arbitraria, resulta claramente de las palabras. ex omni obligatione *ex qua certum petitur* (i. e. peti *potest*). Lo cual significa: si la relacion de derecho es propia para engendrar una *condictio certæ pecuniæ*, cualquiera que sea, por otra parte su carácter y su denominacion.

(*b*) L. 74, 75, de V. O. (XLV, 1). Las locuciones *certus, incertus contractus* se encuentran tambien en ciertos textos, respecto á los que no podría determinar cual de las dos significaciones deba atribuírseles. L. 18, pr. de accep. (XLVI, 4), L. 1, § 6, de pec. const. (XIII, 5). Véase Heffter, in Gajum, lib. IV, p. 68.

to; pues si un *incertus contractus* semejante pudiera motivar una *certi condictio*, no quedaría caso alguno para la *condictio incerti*. Ulpiano, pues, se refiere á la indeterminacion de la naturaleza del contrato, indeterminacion muy conciliable con la fijacion de una suma determinada de dinero, y por consiguiente, con una *certi condictio*. En este sentido, la estipulacion, el préstamo, la venta son *certi contractus*; los *incerti contractus* son aquellos que no tienen nombre individual y cuyo carácter participa del de varios contratos determinados (*c*): estos son los *incerti contractus* de que habla Ulpiano.

La generalidad aparente del texto que nos ocupa ha embarazado singularmente á los jurisconsultos, desde la Edad Media. En virtud de este texto, ha llegado á admitirse, con los glosadores, una *condictio certi generalis* (*d*), al lado de la *condictio certi ex mutuo*. Esta fraseología no era auténtica, y además no pudo asignarse á la primera de estas acciones ningun límite p eciso.

Más erróneo y más fecundo en resultados es todavía un punto de vista adoptado por los autores modernos (*e*). Pretenden que un acreedor puede trasformar en *certum* una prestacion cualquiera y ejercitar una *certi condictio*, con solo correr el riesgo de la estimacion que pueda dar el juez inferior á la suma por él demandada, exponiéndose, por tanto, á perder su derecho, como *plus petens*. Así, por ejemplo, aquel á quien se hubiese prometido un trabajo en virtud de una estipulacion habría podido siempre reclamar una suma de 100 libras y ganar su pleito, si el juez estimaba el trabajo en 100 libras ó en más. Esta doctrina es enteramente inadmisible. Desde luego, semejante eleccion arbitraria entre las diversas fórmulas está en contradiccion directa con el espíritu del antiguo derecho, pues las fórmulas tenían precisamente por objeto encerrar á cada relacion de derecho en sus límites individuales (*f*). Pero hé aquí un argumento sin réplica contra esta doctrina. En el caso propuesto, expresando la intentio *centum dare oportere*, debe ser rechazada, porque no existe todavía ninguna deuda de dinero, y esta deuda sólo puede existir más tarde por consecuencia de la es-

---

(*c*) L. 1-4, de præscr. verb. (XIX, 5). Próximamente, los que llaman contratos innominados los autores modernos; y digo próximamente porque estos últimos contratos se limitan al *do ut des aut facias, facio ut des aut facias*

(*d*) Glosa in L. 9, de R. C. (XII, 1). Cujacio, Opp., V, 399, VII, 650, X, 164.

(*e*) Principalmente por Hasse, Wesem der Actio, p. 75.

(*f*) Sin duda recibían las fórmulas diversas modificaciones (apéndice XIII, núm. XVI-XIX); pero estas se encontraban sometidas á reglas determinades, y no correspondía al demandante su eleccion en cada caso.

timacion del juez (*g*). Aquí, pues, se reclamaría *aliud pro alio*, lo cual entraña un vicio en la demanda y la absolucion consiguiente, salvo la facultad de formular una nueva por el objeto verdadero de la deuda, porque en este error no hay *plus petere* (*h*). Por consecuencia, no podrían invocarse en apoyo de esta doctrina las palabras de nuestro texto: *ex qua certum petimus*, traduciéndolas por: tan pronto como nos plazca trasformar nuestra reclamacion en una suma determinada de dinero, pues esta sería una interpretacion enteramente falsa (nota *a*).

XXIV.

Acabo de examinar los textos del Digesto que podían dar motivo á objeciones contra mi teoría de la condictio; paso ahora á los que la confirman directamente.

L. 9, § 3, de R. C. (XII, 1): Quoniam igitur ex omnibus contractibus hæc certi condictio competit, *sive re fuerit contractus actus, sive verbis, sive conjunctim...*

Hé aquí el sentido de estas palabras. En general, la condictio puede resultar *re* (de un préstamo, de un *indebitum*, etc.), ó de una estipulacion, ó de estas dos formas de contratos reunidas; en particular, la *certi condictio* existe cuando el objeto de la prestacion ó de la estipulacion es dinero contante. Estoy persuadido de que Ulpiano había añadido: *sive literis*, y que los compiladores han omitido estas palabras, porque la *expensilatio* había caido en desuso. Admitida esta suposicion, concuerda enteramente el texto con todas las condiciones y límites asignados por mí á las *condictiones* (núm. XXI). Su forma de expresion es tambien más exacta y más completa que la de Ciceron; pues en la de éste, la *condictio sine causa*, comprendiendo en ella la aplicacion especial en que recibe el nombre de *condictio furtiva*, no puede ser referida á una *datio* ó *adnumeratio* (términos empleados por Ciceron), miéntras que en la forma que Ulpiano emplea, *re contractus factus*, dicha *condictio* resulta comprendida evidentemente (*a*).

Este texto de Ulpiano excluye de la aplicacion de la *certi con-*

(*g*) L. 37, de V. S. (L. 16): «Verbum *oportere* non ad facultatem judicis pertinet, qui potest vel pluris vel minoris condemnare, sed ad veritatem refertur.» V. el tratado, § 216.

(*h*) Gayo, IV, § 55. Las palabras del § 53, «sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulœ concipi debet» no se aplican aquí directamente, pues, segun lo que precede, se referían únicamente al peligro del *plus petere*.

(*a*) En el sentido muy ordinario de *contractus*, donde esta palabra abraza tambien los cuasi contratos, tales como la tutela, la *negotiorum gestio*, etc. Véase por ejemplo la L. 23, de R. J. (L. 17).

dictio (podemos añadir, de la condictio en general), desde luego, todas las obligaciones fundadas en los delitos; porque, si bien puede decirse, á este respecto: re *consistunt* obligationes, ó ex re *actio venit* (*b*), la frase: re *contractus* factus no podría nunca convenirles. Son excluidos además los *consensu* contractus facti, pues tenían una importancia tal que Ulpiano no los hubiera omitido nunca por inadvertencia, ni los compiladores tenían motivo para hacerlo, si Ulpiano hubiera hecho mencion de ellos. Tenemos, pues, aquí una confirmacion directa de la limitacion que he señalado á las *condictiones*.

Por esto mismo podría pretenderse que esta estrecha circunscripcion contradice la extension ilimitada que se expresa al principio del texto (*ex omni causa, ex omni obligatione*); pero esta aparente contradiccion se resuelve por la adicion, ya expresada, *ex qua certum petitur*, y por la consideracion siguiente. Cuando, fuera de los límites aquí expuestos, engendra una relacion de derecho la condictio, débese siempre á que se encuentra mezclada con ella una *re contracta obligatio*. Por ejemplo, cuando una condictio nace con motivo de una sociedad ó de un mandato (núm. VI), hay siempre la reunion de dos obligaciones muy diferentes, á saber, la que resulta del consentimiento y la que resulta del dinero confiado. Cada una de ellas tiene su naturaleza propia, su eficacia, su accion, y es imposible que una de estas acciones absorba el objeto de la otra. De igual manera, un daño corporal puede motivar la *actio legis Aquiliœ* y la *condictio*, la una nacida del delito, la otra del beneficio que realiza el demandado. Estas dobles obligaciones, producidas por un solo y mismo hecho, no han sido imaginadas en el exclusivo interés de mi teoría de las condictiones; se encuentran tambien reconocidas en otros casos que no admiten la menor duda (*c*).

Respecto á la L. 9, de R. C. (XII, 1), esta ley difícil é importante, no tenemos más que un solo caso que explicar. El § 1 dice que la *certi condictio* puede tambien resultar ex *senatus-consulto*, cuando el que intenta la accion ha recobrado una sucesion *ex Trebelliano Sc.* (*d*). Esto debe entenderse necesariamente de una condictio encontrada en la sucesion, condictio nacida de un préstamo ó de una estipulacion del difunto. En semejante caso, la base

---

(*b*) L. 4, L. 46, de O. et A.

(*c*) Por ejemplo, en la L. 18, § 1 commod. (XIII, 6), cuando el que ha recibido una cosa á título de depósito ó de comodato la destruye ó deteriora. Aquí la accion resultante del contrato concurre con la *actio legis Aquiliœ*, de igual manera que en los casos más arriba enumerados concurre la *condictio*, por consecuencia del enriquecimiento.

(*d*) Heffter, in Gajum, lib. IV, p. 67.

de la condictio es evidentemente el contrato, y el senado-consulto no sirve más que para trasmitirla al actual demandante; así, pues, la expresion *ex senatus-consulto agetur* no es enteramente exacta; pero no lo es ménos la expresion *ex lege Aquilia,* que significa realmente, ex *causa* legis Aquiliæ ó ex eo facto, quod lege Aquilia coercetur, porque ni la lex Aquilia ni el Senado-consulto Trebelliano han dicho una palabra sobre las cualidades requeridas para ejercitar la condictio.

XXV.

Pero los textos más importantes sobre la naturaleza de la condictio son los de Gayo, y estos exigen ser interpretados tanto más cuidadosamente, cuanto que varios autores modernos, por no haberlos entendido, han caido en graves errores sobre la condictio, ó han censurado dichos textos como inexactos, vagos y contradictorios.

Hé aquí el texto principal.

Gayo, IV, §5.

Appellantur autem in rem quidem actiones, vindicationes; in personam vero actiones, *quibus dari fieri oportere intendimus condictiones* (*a*).

Toda la dificultad versa sobre el sentido de este inciso: quibus... intendimus. A primera vista podría atribuírsele un sentido demostrativo, é interpretarlo de este modo: «todas las acciones personales, *es decir,* con *dari fierive* son llamadas condictiones.» Entónces este texto se hallaría en contradiccion, no solo con mi teoría, sino con la fraseología constante del Digesto, que no da el nombre de condictiones más que á una pequeña parte de las acciones personales. Por tanto, es preciso atribuir más bien á este inciso un sentido restrictivo, traduciendo:

Se llaman *condictiones* las acciones personales cuya *intentio* tiene por objeto un *dari* ó un *fieri.*

Así entendida, esta proposicion es rigurosamente verdadera y concuerda perfectamente con mi teoría; pero ántes de presentar la

---

(*a*) El § 15, J. de act. (IV, 6) se encuentra redactado de igual manera, salvo algunas variantes sin importancia: «*Appellamus* in rem (sin autem)... *dare facere* oportere *intenditur.*» La reproduccion de este texto en una época en que desde hacía largo tiempo habían desaparecido las *intentiones* es una inadvertencia extraordinaria. Debe, pues, tomarse esta frase incidental como una simple explicacion, en cuyo caso significa: todas las acciones personales se llamaban *condictiones,* lo cual, por otra parte, no concuerda con el lenguaje del Digesto, y con otros textos varios de la Instituta misma.

prueba, debo hacer algunas observaciones preliminares sobre la fraseología.

Dare, significa, en el sentido riguroso de las *formulæ*, atribucion de la propiedad *ex jure Quiritium* (num. V, *i*), es decir, un modo muy restringido de la actividad humana. *Facere*, por el contrario, abraza toda clase de actos jurídicos ó de otro órden, y así comprende, entre otras cosas, el *dare, solvere, numerare, judicare, ambulare, reddere, non facere, curare ne fiat* (*b*).

Relativamente á los contratos, es decir, á los actos jurídicos, no encontramos más que dos especies de *intentiones in jus conceptæ*: si paret, centum (ó fundum, servum) *dari* oportere, y quidquid *dari fieri* oportet; en ninguna parte encontramos otra clase de fórmula, ni ménos un simple facere o *fieri* oportere (*c*). Esto se explica del siguiente modo. Rigurosamente, el simple *facere oportere* hubiese bastado siempre, puesto que contiene tambien el *dare*; pero como la fórmula con *dare* tenia efectos y ventajas especiales, como probaré más adelante, se añadía *dare* á la *intentio*, siempre que lo permitían las reglas del derecho, con el fin de reclamar al pretor y al *judex* la aplicacion de estas especiales consecuencias. Dare facere equivale á dare *aut* facere (*d*), y esta alternativa expresaba que el judex tenía la mayor latitud para reconocer la obligacion, ya de un *dare*, ya de otro hecho, ya de uno y de otro al mismo tiempo. Esta *intentio* se aplicaba tambien á los casos en que no se trataba de un *dare*, sino por ejemplo, de un trabajo que ejecutar. No había interés en insertar solamente en la fórmula *facere oportere*, porque entónces no hubiera ofrecido las ventajas exclusivas concedidas al *dare*.

XXVI.

Voy ahora á demostrar que la definicion de la *condictio* dada por Gayo basta para excluir del dominio de las condictiones todas

---

(*b*) L. 218, 175, 189, de V. S. (L. 16).

(*c*) La única diferencia consiste en que respecto á las condictiones solo se empleaban las frases más arriba enunciadas y en las *bonæ fidei actiones* se añadía *ex bona fide*, despues de *oportet*. Podría causar extrañeza la forma unas veces activa y otras pasiva de *dare facere*. Esto se explica del siguiente modo. La forma activa se aplicaba naturalmente á las fórmulas reales en que se designa siempre un indivíduo determinado como deudor (por ejemplo, quidquid Negidium dare facere oportet); pero cuando se hablaba de estas *intentiones* de una manera abstracta se podía emplear una ú otra forma, como se ha visto (nota, *a*) en el ejemplo de Gayo, comparado con las Instituciones de Justiniano.

(*d*) L. 53, pr. de V. S. (L. 16), «Sæpe ita comparatum est, ut conjuncta pro disjunctis accipiantur... Cum vero dicimus, *quod eum dare facere oportet*, quodvis eorum sufficit probare.» No hay, pues, necesidad de justificar ambos extremos, sino solamente cualquiera de ellos.

las acciones que lo están segun mi teoría (*a*). Así, se encuentran excluidas:

1) Todas las acciones pretorianas, porque en general, estas no tenían más que una *intentio in factum concepta (*tratado, § 216*)*.

2) Todas las acciones civiles *in rem*, porque su *intentio* llevaba: *rem* (*servitutem, hereditatem*) *suam esse*.

3) Todas las acciones civiles fundadas en los delitos, pues la *intentio* de la *furti acito* era ciertamente: *pro fure damnum decidere oportere*; la de la actio legis Aquiliæ era, segun toda apariencia: *damnum decidere oportere*; y en los demás delitos civiles la *intentio* estaba probablemente redactada casi lo mismo *(b)*.

4) Todas las *bonæ fidei actiones*, porque su *intentio* terminaba por la adicion: *ex fide bona (c)*.

Segun esta manera de distinguir las diferentes clases de acciones por la redaccion de la *intentio*, la elegida para las acciones civiles fundadas en los delitos parece arbitraria é inmotivada, pues podría creerse que *facere*, vista su generalidad, bastaba para el objeto. y aun el simple *dare* puesto que èl resultado de estas acciones; como tambien el contenido primitivo de la obligacion que la fundaba, era siempre un pago en dinero. Pero esta *intentio* especial tenía por objeto hacer distinguir á primera vista estas acciones de todas las demás, cosa que tenía con frecuencia importancia; por ejemplo, en el caso de una novacion. Así, el que se obligaba á satisfacer *quidquid furem dare facere oportet*, no tenía en cuenta más que la *condictio furtiva*, y la *furti actio* continuaba subsistiendo; por este medio las dos obligaciones diferentes del ladron se encontraban distinguidas con claridad y era imposible cualquier error *(d)*.

Existía todavía en el antiguo derecho otro motivo grave para no aplicar á la *furti actio* el *dare facere oportere*. Segun las XII Tablas, el *fur manifestus* incurría, no en una pena pecuniaria, sino la pérdida de la libertad; debía sufrir la *addictio*. Aquí no se podía aplicar *dare* ni *facere*, pero la locucion indeterminada *decidere* abrazaba tambien esta pena, y por este medio se reunían bajo una misma fórmula todas las especies de la *furti actio*. Este motivo cesó de existir cuando el pretor hubo establecido para el *fortum manifestum* la pena pecuniaria del cuádruplo del valor.

(*a*) V. núm. I, y apéndice XIII, núm. VI.
(*b*) V. núm. XX.
(*c*) V. núm. XXV, nota, *c*. Las palabras de Gayo, *quibus dari... intendimus*, deben tomarse en todo su rigor, es decir: en estos términos y solamente en ellos, sin ninguna adicion.
(*d*) Se menciona un caso semejante en la L. 72, § 3, de solut. (XLVI, 3).

Así, pues, la definicion de la *condictio* dada por Gayo es enteramente satisfactoria. No puede tributarse el mismo elogio á un texto de Ulpiano, donde se representa la *condictio* como sinónima de *in personam actio* (*e*). Es verdad, que despues parece concordar con Gayo al añadir: in personam actio est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis *ad faciendum aliquid vel dandum*. Pero esto no rectifica nada, porque la obligacion de *dare* ó de *facere* existe en realidad en todas las obligaciones, sin excepcion, y por consiguiente, no puede constituir el carácter distintivo de las condictiones. Y como este texto de Ulpiano se encuentra en contradiccion directa con otros varios del mismo autor, estamos autorizados para creer que los compiladores lo han alterado gravemente. He manifestado ya (núm. XXV, *a*) que un texto de la Instituta, reproduciendo las expresiones de Gayo, atribuye, sin embargo, el nombre de *condictio* á todas las acciones personales. Una extension semejante de lenguaje, pero ménos formal, se encuentra tambien en un texto del código (*f*).

Sería una objecion mucho más seria la de aducir textos de antiguos jurisconsultos, donde con ocasion de una relacion de derecho individual, se emplease la voz *condictio* para designar una *bonæ fidei actio*, principalmente la *actio prescriptis verbis*. Ahora bien, este carácter, ofrecen, segun se dice, los dos textos siguientes:

a) L. 19, § 2, de præscriptis verbis (XIX, 5): Cum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti possumus, sed et *incerti condictione, id est præscriptis verbis*.

He observado ya anteriormente, que la Vulgata, en lugar de *condictione*, dice *actione*; y como incerti *actio* es una designacion perfectamente regular de la actio præscriptis verbis, y esta última leccion se halla confirmada por los manuscritos, no debemos tener ningun escrúpulo en adoptarla, para zanjar la dificultad que resultaría de este texto (§ 217, *o*).

b) L. 3, § 4, de cond. causa data (XII, 4). Inmediatamente ántes de este texto, se ha dicho que si el señor de un esclavo recibe una suma de dinero bajo la condicion de emancipar á este esclavo en una época determinada, y ántes de esta época el esclavo muere sin culpa del señor, éste no se encuentra obligado á restituir el dinero (*g*). Viene despues el texto citado:

(*e*) L. 25, pr. de O. et A. (XLIV, 7). V. el Tratado, § 203.

(*f*) L. 1, C. de don. q. sub modo (VIII, 55): «...condictio quidem tibi in hoc casu, *id est in personam actio* jure procedit.»... Las palabras *id est* etcétera, deben considerarse como explicacion de la voz *condictio* (de igual manera que en la L. 25, pr. de V. O.); pero pueden tambien significar: cuya accion personal sería en aquel caso una *condictio*.

(*g*) L. 3, § 3, de cond. causa data (XII. 7): «...Proculus ait, si post id

Quim imo et si nihil tibi dedi ut manu mitteres, *placueras tamem ut darem,* ultro tibi competere actionem quæ ex hoc contractu nascitur, *id est condictionem,* defuncto quoque eo.

Aquí dicen la mayor parte de los autores, se designa como *condictio* la *actio præscriptis verbis.* Desde luego, no podría existir la *condictio,* porque el señor que no ha manumitido al esclavo no puede nunca decir: *fecit* ut dare. Muchos han pensado tambien que las palabras id est *condictionem* han sido añadidas por Triboniano ó por los copistas. Pero este medio violento solo resuelve la mitad de la dificultad, esto es, el empleo de la palabra *condictio*; queda siempre por saber cual es la base de la accion. Evidentemente, aquí las palabras *ex hoc contractu,* no son más que la repeticion de las que preceden: *placuerat* tamen ut darem. Ahora bien, el *placitum* no puede ser llamado *contractus* ni engendrar una accion, sino cuando se le ha dado validez por una estipulacion. Tal es el pensamiento que Ulpiano no expresa directamente; pero que claramente indica por la repeticion ex *hoc contractu* (*h*). Aquí, pues, la *condictio* es la *certi condictio* que resulta de la estipulacion, y la deduccion perfectamente lógica de Ulpiano es la siguiente: De igual manera que en el caso de la predefuncion del esclavo puede el señor conservar el dinero § 3: si minus cessare) puede tambien reclamarlo cuando no ha sido pagado, sino únicamente prometido por una estipulacion (*i*).

XXVII.

Otros textos de Gayo parecen atribuir á la condictio una *intentio* con *dare oportere* (sin *facere*) que difiere, por tanto, de la explicada en el texto más arriba citado (núm. XXV). Semejante circunstancia pide ser explicada y justificada.

---

temporis descesserit, quo manumitti potuit, repetitionem esse: *si minus cessare.*» Es preciso sobreentender aquí las palabras del § 2 y del principio del § 3, *nisi pœniteat* que no quiso Ulpiano repetir cada vez. Pero este *pœnitere* está encerrado en estrechos límites, de modo que, en último resultado, es posible con frecuencia que no produzca ningun efecto. L. 5, pr., § 2, 3, 4 eod.

(*h*) En otros textos se nombra expresamente la extipulacion al lado del *placitum* (L. 27, C. de pactis, 11, 3, L. 4, C. de rer. perm. IV, 64). Aquí resulta indudable por la palabra *contractus.*

(*i*) Aquí tambien es preciso sobreentender nisi pæniteat (nota, *g*). La explicacion que propongo se encuentra ya, en cuanto á los puntos más esenciales, en Chesio, Jurispr. Rom. et Att., p. 785. En Glück, t. XIII, p. 41, y en Schulting, Notæ ad Digesta, III, p. 74, se dan otras explicaciones. Pfordten, Abhandlungen, p. 278, propone una nueva interpretacion.

Gayo, IV, § 18 *(a)*.

Nunc vero non proprie *(b)* condictionem dicimus actionem in personam qua intendimus, *dari nobis* *(c)* *oportere:* nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit.

Gayo quería comparar las nuevas condictiones con las antiguas *actiones legis* que llevaban el mismo nombre; pero, no teniendo estas por objeto más que el *dare* *(d)*, debía naturalmente mencionar aquellas nuevas condictiones cuyo contenido fuese semejante, esto es, las que llevasen *dare* solamente y no las que llevasen *dare facere*.

Esto aparece con más evidencia del texto siguiente, donde el jurisconsulto advierte que no debe creerse que las nuevas condictiones descansan en una ficcion y que esta ficcion se expresa en su fórmula. Semejante error era posible respecto á las nuevas condictiones con *dare*, y no respecto á las que llevaban *dare facere*, puesto que el contenido de estas últimas no tenía ninguna analogía con el de las antiguas condictiones.

Gayo, IV, § 33.

Nulla autem formula ad condictionis fictionem exprimitur. Sive enim *pecuniam* sive *rem* aliquam certam debitam nobis petamus, eam ipsam *dari nobis oportere* intendimus, nec ullam adjungimus condictionis fictionem.

La diferencia de redaccion entre estos dos textos y el citado antes se encuentra, pues, perfectamente explicada y justificada; y no hay razon para atribuir á Gayo una fraseología variable é inexacta *(e)*. No debemos, tampoco, considerar estos textos de Gayo como conteniendo un desarrollo progresivo de la condictio, y creer que á la antigua ha sucedido primero una nueva condictio con *dare*, y más tarde una segunda con *dare facere* *(f)*. Gayo no distingue más que dos épocas diferentes; la de las *legis actiones* (anterior á la ley Æbutia), y la que comienza con la abolicion de

---

(a) Había hablado ántes de la antigua legis actio *per condictionem*, á cuyo respecto había observado que *condicere* quiere decir propiamente *denuntiare*, y que para la antigua *condictio* la *denuntiatio* tenía ordinariamente treinta dias de plazo. El pasaje citado en el texto se vuelve á encontrar con ligeras variantes en el § 15, de act. (IV, 6).

(b) Inst., *abusive*.

(c) Inst. *Actor intendit* dari *sibi* oportere (porque el emperador no quería figurar personalmente en la explicacion).

(d) Gayo, IV, § 19.

(e) Lo aquí expuesto no es aplicable al § 15, J. de act. (IV, 6). porque ha sido torpemente compilado, segun Gayo, § 5 y 18; de manera que no se vé la razon de que en la primera mitad del texto, la fórmula de la condictio lleve *dare facere* y en la segunda *dare*. Esta diferencia parece ocasionada por una falta de atencion.

(f) Heffter in Gajum, lib. IV, p. 75.

las *legis actiones*, y la introduccion de las *formulæ*; á esta última época la designa constantemente por la palabra *nunc*. Cuando despues califica la nueva fraseología como *non proprie* (en Justiniano *abusive*), no expresa ninguna censura; trata únicamente de señalar la derogacion de la antigua fraseología y la etimología literal, pues *condicere* equivale á *denuntiare*, y es sabido que no existen *denuntiationes* en las condictiones nuevas.

XXVIII.

El último texto de Gayo que debe ocuparnos aquí, se encuentra asi concebido:

Gayo, IV, § 2.

In personam actio est, quotiens cum aliquo agimus, qui nobis vel ex contractu, vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus, *dare, facere, præstare oportere*.

No ofrece dificultad alguna que la redaccion no sea aquí la misma que en los tres textos arriba citados, pues estos últimos hablaban solamente de las condictiones y el presente trata de las acciones personales en general, cuyas condiciones no forman más que una clase particular. Además, es evidente,—y esto se explica por si mismo,—que las palabras id est... oportere, no abrazan todas las acciones personales en general, sino únicamente aquellas cuya *intentio* es *in jus concepta*; las redactadas *in factum* eran susceptibles de tantas variedades, que no podía comprenderse su contenido en una designacion comun.

Toda la dificultad estriba en la palabra *præstare*. En efecto, las palabras *dare, facere* responden á una fórmula de *intentio* muy conocida; debe creerse que muchas acciones tenían por *intentio*: *præstare oportere*. Ahora bien, semejante *intentio* no se encuentra una vez siquiera en las fuentes del derecho, y es poco verosímil que Gayo, el cual cita tantos ejemplos de diversas fórmulas, hubiera olvidado dar uno solo de esta; ménos todavia debe suponerse que los Romanos hubiesen variado indiferentemente las expresiones de sus fórmulas, porque en esta materia encontramos siempre la observancia de una rigurosa uniformidad.

Pero todo se explica por la circunstancia de que Gayo quería hablar de todas las acciones personales en general, y por consiguiente, tambien, como él mismo añade, de las acciones fundadas en los delitos, acciones á las cuales no se aplicaba la expresion *dare facere* (núm. XXVI); y á esto hace referencia la expresion *præstare* (*a*). No que la palabra *præstare* se encontrase efectiva-

(*a*) La misma explicacion, si bien abreviada, se encuentra en Puchta, Lehrbuch der Pandektem, p. 213, nota *b*. Marezoll (en Linde's Zeits-

mente en su *intentio*, sino que indica de una manera general una redaccion diferente de *dare facere*. Hé aquí, pues, el § del citado texto de Gayo: «las acciones personales tienen por *intentio*, ya un simple *dare*, ya otra clase de acto, *facere*, ó ya en fin, una prestacion que no designa la expresion *dare facere*.» Así, el *præstare* no difiere del *facere* en cuanto á la cosa, de modo que no estuvo nunca comprendido en dicho *facere*; pero difiere en cuanto á la expresion y se refiere á la *intentio* de las obligaciones fundadas en los delitos: *damnum decidere* ó *pro jure damnum decidere* (*b*).

Se me objetará que si el pensamiento de Gayo hubiera sido éste, habria podido decir: dare facere *damnum decidere* oportere. Pero las diversas acciones fundadas en los delitos tenían en su *intentio* particularidades (núm. XXVI) que no podían comprenderse bajo una denominacion tan abstracta como la de *præstare*.

Esta interpretación del texto de Gayo se encuentra confirmada por la modificacion que ha sufrido en las Instituciones de Justiniano.

§ 1, J. de act. (IV, 6).

Actiones in personam sunt, per quas intendit, adversarium ei dare facere oportere, et *aliis quibusdam modis*.

Los *alii modi*, sustituidos á *præstare*, son precisamente: *damnum decidere, pro jure damnum deeidere*, y acaso, tambien muchas otras fórmulas por nosotros desconocidas, de las diversas acciones fundadas en los delitos (*c*).

XXIX.

Hé aquí algunos textos que, por la insertacion de la palabra

---

chrift, t. X, núm. VIII) expresa una opinion distinta sobre *dare facere præstare*. Segun él, *præstare* se aplica á la *bonæ fidei actiones*, y equivale á *dare facere*, miéntras que las *stricti juris actiones* deben tener por objeto *dare* ó *facere* (p. 275, 280, 285, 297, 309, 310). Aunque así fuera, no se vé razon alguna para añadir el *præstare* al *dare facere*, pues Marezoll mismo no pretende que la voz *præstare* haya formado nunca parte de la *intentio*. *Dare facere* (por dare *aut* facere) tiene el mismo sentido en las *bonæ fidei actiones* y la única diferencia entre las dos especies de actiones consiste en la adicion de *ex fide bona*.

(*b*) Africano emplea indiferentemente damnum *præstare* y damnum *decidere* para designar la prestacion á responder de la *furti actio*. L. 61, pr. § 1, 2, 3, 5, de furtis (XLVII, 2).

(*c*) No deben ser referidas las palabras del final del texto á *vel ex contractu, vel ex maleficio*, que les preceden, como si abrazasen los cuasi contratos y los cuasi delitos, segun hace, entre otros, Otto in Inst, I. c., porque esta especie de paréntesis querria decir que solamente los contratos y los delitos, y no los cuasi contratos, engendran acciones *in personam* con *dare facere oportere*. Sostiene la recta interpretacion Vinnio y Schrader, sobre el § citado.

præstare, tienen analogía con el de Gayo, de que acabo de hablar, y que necesitan ser explicados para prevenir todo error y toda incertidumbre.

Paulo dice, en la L. 3, pr. de O. et A. (XLIV, 7):

Obligationum substantia... in eo consistit... ut alium nobis obstringat ad *dandum* aliquid, vel *faciendum*, vel *præstandum*.

Aquí hubiera sido suficiente el *faciendum* ó el *præstandum* (al lado del *dandum*); la enumeracion supérflua en sí de los tres objetos posibles encierra una alusion evidente á las tres especies de *intentio*, así denominadas en las fórmulas de acciones, tal como las vemos expresadas en el último texto de Gayo, y probablemente tambien, por otros jurisconsultos.

La lex Julia ó Papia había ordenado que todo liberto que tuviese al ménos dos hijos bajo su poder paterno, quedara libre de todas las obligaciones contraidas anteriormente hácia su patrono, ora por juramento, ora por estipulacion ó de culaqiera otro modo. Esta determinacion se expresa de la siguiente manera en el decreto del pueblo: ne quis eorum... quicquam... *dare, facere, præstare* debeto. L.37, pr., de operis libert. (XXXVIII, 1).

En esta ocasion, donde se trata únicamente de contratos, no puede entenderse *præstare* de las obligaciones nacidas de los delitos; pero este texto tambien habla en general, no de fórmulas de acciones, sino de estipulaciones realizadas, cuya redaccion estaba á cargo de la voluntad de las partes. Así, pues, el mencionado texto significa: «el liberto debe quedar libre de todo lo que ha prometido, ya haya tenido por objeto la promesa un *dare*, ya un facere, ya culaquiera otra prestacion designada de otro modo.»

La lex Galiæ Cisalpinæ, cap. XXII, ordena que para toda accion cuyo objeto no es el dinero contante, la *in jure confessio*, hecha en un municipio, produzca contra su autor las mismas consecuencias que si se hubiera hecho en Roma. Esta prescripcion se encuentra concebida en los siguientes términos (líneas 31, 34):

Sei is eam rem... dare facere præstare, restituereve oportere, aut se debere, ejusve eam rem esse, aut se eam habere, eamve rem, de qua arguetur, se fecisse, obligatumve se ejus rei noxiæve esse, confessus erit deixeritve...

Aquí el *præstare*, al lado de *dare, facere*, se refiere á las obligaciones fundadas en los delitos. El *restituereve aut se debere*, aplicado á las fórmulas de acciones, despues de la enumeracion que precede, hubiera sido supérfluo, como tambien: *eamve rem... se fecisse, obligatumve se... esse*. Pero no se trata aquí de fórmulas de acciones siempre las mismas, sino de confesiones cuya forma puede variar tanto como la de las estipulaciones de que habla el precedente texto. Así, la ley quiere decir: es indiferente que la *confessio* esté concebida en los términos ordinarios de las fórmulas de accio-

nes (dare, facere, præstare oportere), ó en otros términos, que expresen una obligacion (restituere, oportere, se debere, obligatum se esse). Por el contrario, las palabras: ejusve eam rem esse, aut se eam habere, designan evidentemente el caso de una *in rem actio* donde la prueba versa sobre dos asuntos, susceptibles por tanto, de ser confesadas: la propiedad del demandante (*ejus* eam rem esse) y la posesion del demandado que declara (*se* eam habere) (*a*).

XXX.

La diferencia y la afinidad existente entre las condictiones y las demás acciones personales aparecerán todavía con más evidencia del cuadro de las *intentiones in jus conceptæ*, que nos han sido conservadas de una manera más ó ménos completa en ejemplos de acciones personales.

A) Condictiones (stricti juris actiones).

Si paret, X millia dari oportere. Gayo, IV, § 41-86.

Si paret fundum Cornelianum dare oportere (*a*).

Quidquid dari fieri oportet. Gayo, IV, § 136, L. 29, § 1, de V, O. (XLV, 1), L. 72, § 3, de sol. (XLVI, 3).

B) Bonæ fidei actiones.

Estas tienen siempre por intentio: Quidquid dari fieri oportet ex fide bona, intentio que no varía nunca (*b*). Hé aquí los ejemplos que tenemos de ellas:

Depositi actio. Gayo, IV, § 47, 60.

Emti. Gayo, IV, § 131 (en la segunda fórmula). Ciceron, de Offic, III, 16. Valerio Máximo, VIII, 2, § 1.

Venditi. L. 27, de novat. (XLVI, 2).

Locati. L. 89, de V. O. (XLV, 1).

Pro socio. L. 71, pro socio (XVII. 2).

(*a*) Marezoll (en Lindes Zeitschrift, t. X, p. 283) aplica á la reivindicacion el *restituere* oportere. La palabra restituere admitiría esta interpretacion; pero oportere se refiere exclusivamente á las obligaciones, y las palabras *ejus eam rem esse*, *se eam habere* son las únicas que presentan rasgos de reivindicacion. El *restituere oportere* se refiere pues á la restitucion de una *res eommodata*, *deposita*, *locata*, respecto á la cual bastaba la confesion con *dare facere*, *debere*, *obligatum esse*.

(*a*) No tenemos ninguna fórmula completa de esta especie; pero no puede dudarse, teniendo en cuenta lo que dice Gayo, IV. § 33, y II, § 204 de que se redactó simplemente con *dare oportere*.

(*b*) Esta fórmula no se encuentra tan completa más que en Gayo, IV, § 47: Ciceron, de Off, III, 16, y Valerio Máximo, VIII, 2. § 1. En los demás textos en que la fórmula solo se cita incidentalmente no se encuentran las palabras del final, las cuales deben suplirse en todos estos textos; *dare facere oportet* y nunca simplemente *facere* ó *præstare*, ó cualquiera otra expresion. Esta reunion de tantos testimonios es un hecho importante que debe hacerse constar.

Tutelæ. L. 11, rem pupilli (XLVI, 6).

C) Obligaciones fundadas en los delitos.

Algunos ejemplos con fórmulas incompletas son inciertos, porque el *dare facere* que en ellos se encuentra, puede referirse igualmente á una *condictio* y á una *bonæ fidei actio*. Gayo, IV, § 41, 131, (en la segunda fórmula).

Un ejemplo más importante en esta materia, es la forma de la *Aquiliana estipulatio* que tenemos completa. Estaba destinada á abrazar diversos actos jurídicos, acaso de especies muy diferentes y á extinguirlos por *novatio*, de tal manera que la simple *acceptilatio* á que daban nacimiento, bastaba seguramente para rechazar toda reclamacion futura. Hé aquí cómo se expresaba con este fin respecto á las obligaciones (*c*):

Quidquid te mihi quacumque causa *dare facere oportet*, oportebit, præsens in diemve.....

En esta fórmula se querían abrazar ciertamente todas las obligaciones constituidas, ya por estipulacion, ya por medio de otros contratos, tanto *stricti juris* como *bonæ fidei*; y como se juzgaba suficiente la expresion *dare facere* para obtener este resultado, fué preciso que dicha expresion designase efectivamente todas las obligaciones contractuales posibles. El *præstare* no figura aquí por la razon sencilla de que en esta estipulacion no se tenían en cuenta las deudas fundadas en robos ó en otros delitos, sino en los contratos y en otros actos semejantes.

XXXI.

Despues de haber examinado las condictiones en general, réstame determinar sus diferentes especies.

En la mayor parte de los autores, la confusion se debe á que consideran como de la misma especie todas las condictiones que encuentran especialmente designadas, por lo cual las colocan en la misma línea, como miembros de una sola é idéntica division. Mas, por el contrario, existen dos puntos de vista distintos, bajo los cuales es preciso considerar las condictiones para poder clasificarlas (*a*).

Primero: segun su causa determinante, bajo cuyo aspecto en-

(*c*) L. 18, § 1, de accept. (XLVI, 4), § 2, J. quibus modis oblig. (III, 29).

(*a*) Ha habido error en colocar en la misma línea la condictio indebiti triticaria furtiva, etc. Gans Obligationenrecht, p. 87, 132, refuta perfectamente este error; pero incurre en el inverso al distinguir tres puntos de vista, lo cual no está justificado por las fuentes é introduce gran confusion en una materia clara por sí misma.

contramos las designaciones que siguen: *condictio indebiti, sine causa, ob causam datorum, ob injustam causam, ex causa furtiva, ex lege*. Estas denominaciones no pertenecen á una clasificacion completa, sirven sólo para designar brevemente ciertos casos particulares; es, en general, un medio que facilita la claridad en la teoría, pero del cual se desprenden pòcas consecuencias prácticas *(b)*. Los antiguos no concedían gran importancia á estas denominaciones; con frecuencia no se servían de ellas ó lo hacían de una manera inexacta; los casos principales, tales como las condictiones resultantes del préstamo, de la estipulacion (*c*), de la *expensilatio*, del legado, no tenían semejantes denominaciones, por más que pueda expresarse la causa determinante de estas condictiones diversas, siempre que fuera necesario. El nombre de *condictio ob turpem causam* no designa una causa particular, sino una modificacion especial de que eran susceptibles la *condictio sine causa* y *ob causam datorum*, cuando el objeto era inmoral.

Segundo: segun las fórmulas de las acciones, punto en el cual se manifiestan inmediatamente consecuencias prácticas importantes (*d*). El método más seguro para tratar esta materia difícil y controvertida, consiste en enumerar primero las clases de condictiones por sí mismas, sin referirse á sus nombres, y á emprender despues una indagacion especial sobre los nombres.

XXXII.

Respecto á las fórmulas de acciones y á sus efectos, existen tres clases de condictiones; ni más ni ménos.

I. *Condictio* que tiene por objeto una suma determinada de dinero efectivo. Sólo es posible cuando la causa alegada (préstamo, estipulacion, etc.), designaba una suma de dinero contante; pero entónces era al mismo tiempo necesaria y no dejaba el menor lugar al arbitrio. Bajo esta relacion una fórmula mal elegida entrañaba ciertamente la desestimacion de la accion.

La fórmula era: si paret, centum dare oportere, judex centum condemna (*a*); así, pues, tenía *certa intentio* y *certa condemnatio*. Acaso tenía ántes una *demonstratio* que expresaba el motivo de la

---

(*b*) Pueden, sin embargo, señalarse varios; tales son, respecto á la *condictio indebiti*, las detalladas reglas referentes á la prueba.

(*c*) Hablaré más adelante de la expresion técnica *actio* ex stipulatu; pero *condictio* ex extipulatu no es usado. Sobre el nombre de condictio ex mútuo, V. núm. XLII, *a*.

(*d*) La diferencia entre estas dos clasificaciones se muestra en que la estipulacion, el *indebitum*, el robo, etc., pueden dar lugar á una *condictio* tanto *certi* como *incerti*, segun la naturaleza del objeto.

(*a*) Gayo, IV, § 41, 43, 86; V. núm. XXX.

demanda, por ejemplo: quod Agerius Negidio centum mutuos dedit, ó bien de Negidio centum stipulatus est. La *demonstratio* no era siempre indispensable, y principalmente en el proceso de Roscio parece no haber existido, pues de otro modo Ciceron no hubiera podido poner en cuestion si la base de la accion era un préstamo, una estipulacion ó una *expensilatio*. Quizás el demandante sería dueño de añadir ó de no añadir la *demonstratio*. Cuando la condictio tenía un motivo especial tal como un robo, un *indebitum*, etc., era probablemente exigida la *demonstratio*. Aún estamos autorizados para creer que la causa de la demanda podía ser directamente expresada en la *intentio* (si paret, *ex stipulatu* centum dari oportere) *(b)*; de modo que, bajo esta relacion, la redaccion de la fórmula admitía cierta libertad. Segun el motivo aducido sobre esta materia, en el proceso de Roscio, la causa de la demanda no estaba tampoco expresada en la *intentio*. Por otro lado, un texto de Quintiliano, citado ántes (X, *k*), supone que la estipulacion, como base de la accion misma, estaba expresada en la fórmula; pero no dice si era en la *demonstratio* ó en la *intentio*.

El efecto especial y más importante que se desprendía de esta especie de *condictio*, era la *sponsio tertiœ partis*, la cual no estaba limitada al préstamo de dinero, sino que podía aplicarse a toda condictio que tuviera por objeto el dinero efectivo (núm. X, *l*, *m*). Ciceron la llama tambien *legitimœ* partis sponsio, sin duda por haber sido introducida por la lex Silia, respecto á la antigua *legis actio* relativa al dinero efectivo, de donde se había trasladado á la condictio.

Hé aquí cuál era el sentido de esta *sponsio*: el demandante podía obligar al demandado á comprometerse á pagar, en el caso en que fuera condenado, é independientemente de la suma principal, el tercio de esta suma á título de pena. El demandante debía ciertamente prometer la misma suma para el caso en que su demanda fuera rechazada *(c)*; pero si la accion estaba fundada y apoyada en buenas pruebas, no corría gran riesgo.

Esta particularidad de la condictio que tenía por objeto el dinero efectivo, era más importante en la práctica de lo que á primera vista parece; este interés fué sin duda el que más tarde, cuando las diferencias en el personal de los jueces tendieron á borrarse, motivó la conservacion de una línea de separacion profunda entre las condictiones y las demás acciones. Reflexiónese bien cuán gra-

---

(b) Gayo, IV, § 55. «Item palam est, si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari (velut)... si quis ex testamento dari sibi oportere intenderit, cui ex stipulatu debebatur.» La comparacion con el § 58 prueba que Gayo habla aquí de una alegacion contenida en la intentio.

(c) Gayo, IV, 13, 180.

ve sería, áun hoy mismo, una accion que entrañase para la parte condenada una pérdida del 33 1/3 por 100 sobre el objeto del litigio.

XXXIII.

II. Condictio que tiene por objeto una cosa determinada distinta del dinero.

La fórmula era: si paret, fundum Cornelianum (ó Stichum servum, ó tambien tritici optimimodios centum), dari oportere, judex quanti ea res erit tantam pecuniam condemna; tenía, pues, *certa intentio*, pero *incerta condemnatio* (núm. XXX). La demanda podía tener los más diversos motivos, áun el préstamo, siempre que no fuera este de dinero. Aquí, por tanto, la diferencia del objeto del préstamo (núm. V), es importante para la práctica. El motivo de la demanda, de igual manera que en la condictio relativa á un préstamo de dinero (núm. XXXII), se encuentra con frecuencia, pero no siempre, expresado en una *demonstratio* preliminar, ó en la *intentio* misma.

Esta fórmula era, no solamente admisible, sino necesaria, cuando la estipulacion, etc., invocada por el demandante, tenía los caractéres requeridos; de modo que su eleccion no era nunca arbitraria.

Estaba ménos favorecida que la fórmula precedente, puesto que no tenía la proteccion de la *sponsio tertiœ partis;* pero se exponía tambien al peligro del *plus petere*, porque tenía una *certa intentio* (*a*).

La cuestion más difícil que presenta esta especie de accion versa sobre la extension de la condena pronunciada por el juez. Segun la fórmula, la condena debe ser igual al *quanti res est*, lo que muchos autores traducen pos *œstimatio* (*b*). Pero se pregunta si esta *œstimatio* debe abrazar simplemente el valor venal, ó el interés, quizás mucho mas elevado del demandante. La primera opinion podría adoptarse, fundados en la naturaleza literal de la *stricti juris actio* y en que, de otro modo, no habría diferencia, bajo esta relacion, entre las acciones rigurosas y las libres. Creo, sin embargo, que la condena debe abrazar todo el interés del demandante, y me fundo en los siguientes motivos.

La frase *quanti res est* se tomaba siempre con diferencia en el sentido de *quanti interest*, y principalmente en las fórmulas de

---

(*a*) Gayo, § 53, 54.

(*b*) L. 39, § 1, de leg. 1 (XXX, un) (que menciona la estipulacion), L. 98, § 8, de solut. (XLVI, 3), Gayo, II, § 202.

condemnatio de varias acciones (apéndice XII). Ciertamente podría suceder que se hubiera juzgado necesaria para las condictiones la apreciacion más extricta del valor venal; pero es poco verosímil que se hubiese conservado la misma expresion que la usada en las acciones ántes mencionadas, en vez de señalar la diferencia de derecho por medio de la diferencia de los términos empleados en la fórmula de la condemnatio.

Además, he observado más arriba que las condictiones designadas por su causa determinante, no deben ser consideradas como acciones diferentes, sometidas á un derecho diferente tambien (núm. XXXI). El que robaba un esclavo era ciertamente condenado á satisfacer completamente al propietario (*c*); esto se fundaba en la naturaleza de la condictio y debía aplicarse igualmente cuando el esclavo había sido prometido por estipulacion y no se había entregado (*d*). Acaso se me objete que esto tenía lugar en la *condictio furtiva*, como castigo de la inmoralidad del ladron. Mas, desde luego, este punto de vista es extraño á la naturaleza de la condictio; y por otra parte, ¿no es tambien inmoral matar por malicia al esclavo prometido, ó rehusar obstinadamente entregarlo, para obligar al juez á convertir la condena en una suma de dinero?

Hé aquí, además, otros casos analogos. Cuando un esclavo prometido en virtud de una estipulacion era envenenado por el deudor y emancipado poco ántes de que hiciera efecto el veneno, habiendo sido literalmente cumplida la estipulacion, la accion que de ella nacía quedaba extinguida, aunque el esclavo muriese por consecuencia del veneno inmediatamente despues de la mancipacion (*e*). Siendo aquí evidente el *dolus*, tenía el *stipulator* la *furti actio*, y por consecuencia de esta accion una indemnizacion completa (apéndice XII, núm. VIII, *a*, *b*). Pero si el esclavo moría ántes de la emancipacion, de modo que la estipulacion no fuese cumplida, el *stipulator* tenía la *condictio* (*f*) y no podrá creerse que la indemnizacion fuera menor en este caso que en el anterior. Cuando el esclavo prometido es muerto por un tercero, el *promissor* se encuentra libre, pero la *doli actio* se ejercita contra el tercero por la totalidad del interés (*g*); y aquí tambien se pregunta por qué el *stipulator* había de recibir ménos que en el caso de haber sido muerto el esclavo por el deudor mismo. Cuando el fiador era el que mataba al esclavo prometido, la deuda principal se extinguía, y por consiguiente, la obligacion

(*c*) L. 3, de cond. furt. (XIII, 1).
(*d*) En ámbos casos, el del robo y el de la estipulacion, la *intentio* se hallaba de este modo concebida: Stichum servum *dare oportere*.
(*e*) L. 7, § 3, de dolo (IV, 3).
(*f*) L. 91, pr. de V. O. (XLV, 1).
(*g*) L. 18, § 5, de dolo (IV, 3).

de la caucion; pero el *stipulator* tenía contra el responsable de ésta la *doli actio*, por la totalidad del interés (*h*), y nuestro argumento se reproduce con toda su fuerza.

Podría aducirse que en todos estos casos el *stipulator* puede tambien ejercitar la *doli actio*, subsidiariamente por la diferencia que existiera entre el valor venal y el interés; pero los textos citados parecen no conceder de propósito *la doli actio* más que contra los terceros, rehusándola contra el deudor principal, porque contra éste bastaba la accion de la estipulacion; por otra parte, parece que, en general, no se admitía el empleo de la *doli actio* como complemento de una accion existente todavía (*i*).

Hé aquí, en fin, un argumento más fuerte que los que preceden, y enteramente perentorio. Cuando el inmueble prometido por una estipulacion no se entregaba en el dia fijado, el acreedor podía reclamar la totalidad del perjuicio que le causaba esta tardanza (*k*). Ahora bien, no se podría sin inconsecuencia rehusar el interés para una infraccion mucho más grave, cuando la voluntad del deudor no solamente difiere, sino que impide en absoluto la ejecucion del contrato.

Segun todos estos motivos, es, pues, muy verosímil que para esta clase de *condictio*, y principalmente en el caso de una estipulacion, se pueda reclamar la totalidad del interés; sin embargo, fuera de desear que se descubriese un testimonio directo sobre este punto.

XXXIV.

III. Condictio que tiene un objeto distinto de la entrega de una cosa determinada.

La fórmula era: quidquid ob eam rem dare facere oportet, ejus judex condemna (núm. XX); tenía *incerta intentio* é *incerta condemnatio*. Bastaba aquí que el objeto de la demanda se expresara en una *demonstratio* preliminar, pues la accion, vista la generalidad de la *intentio*, no hubiera tenido designacion individual. En

---

(*h*) Al ménos, segun Papiniano en la L. 19, de dolo (IV, 3). Es verdad que la mayor parte de los jurisconsultos pretendían que la accion resultante de la estipulacion continuaba subsistiendo contra la caucion, pero solamente como *utilis actio* y por medio de una restitucion. Hé aquí cómo se concilian los textos que parecen contradictorios. L. 88, 91, § 4, de V. O. (XLV, 1). L. 95, § 1, de solut. (XLVI, 3). L. 32, § 5 de usuris (XXII, 1), L. 49, pr. de V. O. (XLV, 1), L. 38, § 4, de solut. (VLVI, 3). V. Ribbentrop, Correalobligationem, p. 32.

(*i*) L. 1, § 4. de dolo (IV, 3).

(*k*) L. 114, de V. O. (XLV, 1). «Si fundum certa die præstari stipuler, et per promissorem steterit, quo minus ea die præstetur: consecuturum me, *quanti mea intersit*, moram factam non esse.»

los casos de esta condictio, Gayo da siempre una *demonstratio* expresa (*a*). Haciendo imposible la *incerta intentio* el *plus petere*, no tenía el demandante ningun riesgo que correr á este respecto (*b*).

Esta especie de condictio era á causa de su indeterminacion aplicable á los objetos más diversos. Desde luego, á la entrega de una cosa indeterminada, bajo una relacion cualquiera, de suerte que, constituyendo los límites del acto el cumplimiento, no podían ser precisados en la fórmula (*c*); era tambien aplicable á la tradicion, es decir, á la trasmision de la posesion (*d*); de igual modo á la aceptacion de un compromiso, por ejemplo, una caucion, una novacion, una *aceptilatio*; así mismo á la retractacion de un acto jurídico (*e*); y por último, á toda especie de trabajos y áun á una simple abstencion (*f*).

El efecto de esta especie de condictio era que el demandado debía pagar la totalidad del interés, y no podría suceder de otro modo, porque siendo indeterminado el objeto de estas acciones, no había valor venal determinado que pudiera oponerse al interés. Segun la doctrina expuesta más arriba (núm. XXXIII), sobre las

---

(*a*) Gayo, IV, § 136, 137 da como ejemplo: quod A. Agerius de N. Negidio *incertum* stipulatus est. Pero no debe creerse que la expresion abstracta *incertum* se haya encontrado nunca realmente en una fórmula; se reemplazaba por el objeto verdadero de la *incerta stipulatio*, tal como: possessionem tradi, insulam fabricari, etc. Lo mismo puede decirse de los nombres Agerio y Negidio, que nunca figuraron en una fórmula real.

(*b*) Gayo, IV, § 54.

(*c*) L, 75, § 1, 2, 4, 5, 8. de V. O. (XLV, 1), L. 60, de leg. 1 (XXX, un). En la mayor parte de los casos, pero no en todos, la *incerta stipulatio* motivaba una *incerta intentio*. La estipulacion: usumfructum fundi Corneliani dare spondes? era incerta (L. 75, § 3. eod.), sin duda porque siendo incierta la duracion de la vida del usufructuario, lo era igualmente el valor del usufructo; pero la *intentio* estaba concebida en estos términos: si paret usumfructum dare oporteret; de modo que la condictio pertenecía á la segunda clase (núm. XXXII), donde podía tener lugar el *plus petere*. En efecto, no teniendo nada de incierto los límites del acto que debía cumplir el deudor, debía conferir el usufructo de esta cosa por una *in jure cesio*, y sólo esta cosa, nada de más ni de ménos.

(*d*) L. 75, § 7, de V. O. (XLV, 1), L. 4, pr. de usuris (XXII, 1). Si el objeto era una *res mancipii* tenía lugar efectivamente este acto, porque entónces la tradicion no transfería la propiedad. Pero tambien podía aplicarse á una *res nec mancipi*; en efecto, aunque la forma de la tradicion bastase para transferir la propiedad, *dare* tenía una mayor trascendencia que *tradere*. El *tradere* podía efectuarse aunque la cosa perteneciese á un tercero, en cuyo caso no había *dare*. Se encuentra indicada esta distincion en la L. 11, § 2, de act. emti (XIX, 1).

(*e*) L. 3, de cond. sine causa (XII, 7), L. 2, § 4, de don. (XXXIX, 5). L. 12, de nov. (XLVI, 2), L. 68, de V. O. (XLV, 1).

(*f*) L. 75, § 7, de V. O. (XLV, 1).

condictiones de la segunda clase, este resultado no motivaba ninguna diferencia práctica entre estas dos clases de condictiones. La primera y la segunda clase difieren de la tercera en que no comprenden nunca la *omnis causa*, y por consiguiente, los frutos (*g*).

Comparando los efectos de estas tres clases de acciones se observa una cierta gradacion que aproxima la tercera clase á la naturaleza libre de las *bonæ fidei actiones*, sin establecer, no obstante una semejanza completa (*h*). Sin embargo, no deben considerarse las condictiones de esta tercera clase como impropiamente dichas, supuesto que participan de la naturaleza general de las condictiones ó *stricti juris actiones*, y entran incontestablemente en la definicion que da Gayo de las *condictiones*. Tampoco debe creerse, como hacen algunos autores, que el principio de las condictiones se haya extendido por impropiedad del lenguaje más allá de los límites aquí trazados (*i*).

XXXV.

Si se compara el carácter práctico de las tres clases de condictiones, se vé que las de la primera clase daban al demandante la gran ventaja de la *sponsio tertiæ partis*, que las distingue de todas las demás. Las de la segunda clase le eran más perjudiciales que las condictiones de la tercera, porque lo exponían al peligro del *plus petere*, y le atribuían la cosa principal sin los frutos; acaso no le daban más que el valor venal y no el interés; pero más arriba he combatido esta opininion.

Fuera y por cima de estas tres clases de condictiones, se coloca un efecto que no pertenece, sin embargo, más que á un sólo caso de las condictiones de la primera clase; me refiero á la ejecucion rigurosa establecida por la ley de las XII Tablas y que primero privaba al deudor de la vida ó de la libertad, y más tarde lo redu-

---

(*g*) L. 4, pr. de usuris (XXII, 1).

(*h*) Apéndice XIII, núm. XV. Zimmern, Rechtsgeschichte, t. III, p. 184 ha reconocido exactamente esta naturaleza intermedia de las condictiones de la tercera clase.

(*i*) Zimmern, Rechtsgeschichte, t. III, p. 185. Hasse, Wesen der Actio, p. 84, 85. Se equivoca completamente este último cuando refiere la expresion *abusive* ó *non proprie* á esta pretendida inexactitud de lenguaje. V. núm. XXVII. Al decir que la palabra *condictio* no se ha aplica lo nunca más allá de sus límites naturales, me refiero á una aplicacion real y razonada. Si algunos textos de las compilaciones justiniáneas parecen atribuirle un sentido más general (núm. XXV, *a*. XXVI, *f*, *g*), esta falta de precaucion no prueba, en manera alguna, que la significacion de esta palabra hubiese cambiado en tiempo de Justiniano, pues la antigua idea de *condictio* sirve evidentemente de base á una multitud de textos del Digesto y es la única que puede hacerlos comprender.

cía á la esclavitud por deudas. En su orígen, sólo se aplicaba al préstamo efectivo de dinero; despues se extendió al préstamo simbólico de la *nexi obligatio*, teniendo así, bajo un punto de vista limitado y parcial, un desarrollo semejante al de las condictiones. La lex *Pætilia* derogó para siempre la *nexi obligatio*; y desde este tiempo la esclavitud por deudas se limitó al préstamo de dinero en el sentido riguroso, sin admitir nunca ninguna de las extensiones que he presentado (núm. VI-XI) como base de las *condictiones* (*a*). La *nexi obligatio*, mientras subsistió, estuvo protejida por la pena del doble, pronunciada contra el que negaba su obligacion (*b*).

XXXVI.

Despues de haber expuesto los límites, las fórmulas y los efectos de las diferentes clases de condictiones, me falta que examinar la fraseología. Voy á fijar, desde luego, la que creo auténtica, y daré más adelante las pruebas que la justifican.

Certi condictio y actio ó condictio *si certum petetur* (ó *petatur*) son enteramente sinónimas y designan siempre y exclusivamente una condictio de la primera clase, es decir, aquella cuyo objeto es el dinero contante.

Triticaria condictio designa cualquiera otra condictio; esta expresion abraza, pues, la segunda y la tercera clase.

Incerti condictio es el nombre de una condictio de la tercera clase, designando de este modo una parte de las comprendidas bajo el nombre general de *triticaria*.

Actio ex stipulatu es la tricaria condictio, en su aplicacion especial á las condictiones de la segunda ó de la tercera clase, fundadas en una estipulacion.

Voy ahora á presentar las pruebas de lo que acabo de decir.

XXXVII.

La primera clase de condictiones, la que tiene por objeto una suma determinada, se llama *si certum petetur*; y sobre este punto tenemos el testimonio directo de Ulpiano, en el texto más preciso y formal que existe en esta materia.

L. 1, pr. de cond. tritic. (XIII, 1).

Qui certam pecuniam petit, illa actione utitur, *si certum petetur* (*a*). Qui autem alias res, per triticariam condictionem petet.

(*a*) He tratado extensamente de la esclavitud por deudas en el escrito más arriba citado, núm. X, *n*.

(*b*) Ciceron, de Off., III, 16.

(*a*) La Vulgata dice *petatur*, como tambien la rúbrica del Cod. IV.

Este texto es más decisivo que todos los demás, porque dá una division completa de todas las condictiones y esto en términos técnicos.

La misma expresion se encuentra en las rúbricas de los títulos del Digesto (XII, 1) y del Código (IV, 2) relativos á este asunto; el primero trata casi únicamente, y el segundo exclusivamente, de reclamaciones de sumas determinadas de dinero.

En otros lugares vemos tambien la misma expresion con ligeras variantes. En dos textos de Ulpiano se lee: condicticia actio per quam certum petitur (*b*), et causa obligatio ex qua certum petitur (*c*). En Gayo, IV, § 50: formula qua certam pecuniam petimus.

Aquí, pues, *certum* equivale á *certa pecunia*, por oposicion á todo otro objeto de reclamacion, sea determinado ó indeterminado. Más adelante se verá que esta palabra tiene otro sentido diferente en materia de estipulaciones.

Tenían los Romanos muchos motivos para distinguir, por un nombre técnico especial, esta condictio de todas las demás; un motivo histórico, cual es, su relacion directa con la antigua *condictio ex lege Silia* (núm. XXII); un motivo práctico, como es la *sponsio tertiæ partis*, que no se aplicaba á las demás (núm. XXXII); y, por último, un motivo de forma. Respecto á ella, no solamente la *intentio*, sino tambien la *condemnatio* estaban rigurosamente determinadas, de modo que no quedase al juez ninguna latitud en su decision.

XXXVIII.

Certi condictio es sinónima de la denominacion anterior, por tanto, exclusivamente aplicable á la accion que tiene por objeto el dinero efectivo; de modo que *certum* equivale aquí tambien á *certa pecunia*.

Esto se desprende, desde luego, de los términos mismos; pues *certum petere* expresa lo mismo que *certum condicere*, y *certum condicere* no puede tener otra significacion que la de *certi condictio*.

La identidad de estas dos expresiones resulta tambien directamente del siguiente texto de Ulpiano.

L. 9, pr. de R. C. (XII, 1).

Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, *ex*

En los textos citados más arriba se lee: *petitur* y *petimus*. *Petetur* se encuentra en la rúbrica del Digesto, XII, 1, y acaso sea la expresion usada en el edicto.

(*b*) L. 24, de R. C. (XII, 1).
(*c*) L. 9, pr. de R. C. (XII, 1).

qua certum petitur, sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto: *licet enim nobis* ex omni contractu certum condicere *(a)*.

El punto principal de esta definicion de la *certi condictio* consiste en que semejante expresion se aplica exclusivamente á las acciones que tienen por objeto el dinero, y no á las que versan sobre la propiedad de cualquiera otra cosa determinada. Esta explicacion restrictiva se encuentra confirmada por la consideracion siguiente. Ulpiano quiso, sin duda, hacer notar que esta accion es admisible en muchos casos en que existen ya otras acciones, lo que podía dar orígen á dudas. Es preciso, pues, que el demandante hubiera tenido con frecuencia interés en ejercitar esta accion con preferencia á las demas acciones nacidas de los contratos. Respecto á la condictio del dinero efectivo, este interés no es dudoso, miéntras que la de un esclavo, de un caballo, etc., cuando concurría con una *bonæ fidei actio*, era ménos favorable al demandante (núm XXXV); no había, pues, lugar á la duda sobre si podía dar la preferencia á otras acciones (*b*).

XXXIX.

Se llama *triticaria* (*a*) condictio, á toda condictio cuyo objeto es distinto del dinero efectivo, refiriéndose así á toda cosa, ora determinada, ora indeterminada; por consiguiente, abraza la segunda y tercera clase de condictiones, y con la *certi condictio* agota el contenido de las mismas.

Esto es lo que declara expresamente Ulpiano por estas palabras: qui autem *alias res*, per triticariam condictionem petet (núm. XXXVII). La palabra *res* podría únicamente suscitar alguna duda sobre la generalidad de este texto, en el sentido de que designase sólo las condictiones con *dare* oportere (distintas de las que

---

(*a*) He explicado este texto más arriba, núm. XXIII.

(*b*) Así, en la L. 28, § 4 de jurej. (núm. VI, *c*), se mencionan varias *bonæ fidei actiones* al lado de la *certi condictio*, porque este concurso tenía una importancia práctica. Esto es más evidente todavía respecto á la *actio legis Aquiliæ*, cuya accion concurre con la *condictio* (L. 9, § 1 de R., C. XII, 1). Ulpiano solo indica este concurso respecto á la *certi condictio*, sin embargo podía existir tambien para la *triticaria*, como, por ejemplo, si el título de crédito destruido por el adversario resultaba de una estipulacion relativa á un inmueble (núm. XIV); pero en este caso la condictio no ofrecía ningun beneficio que no estuviese contenido en la *actio legis Aquiliæ*, y esta, por el contrario, proporcionaba mayores ventajas.

(*a*) Se lee *triticaria* en el texto del manuscrito del nacimiento de Florencia (L. 1, de cond. trit., XIII, 3); en la rúbrica dice *triticaria*, pero con una antigua correccion, que se vé tambien en el texto de Haloander. Debe preferirse *triticaria*, pues no hay motivo que justifique la adicion de la vocal.

tienen por objeto el dinero efectivo). Pero las aplicaciones particulares añadidas por Ulpiano destruyen esta suposicion. En efecto, dice el jurisconsulto, que se puede, en virtud de esta accion, reclamar un *fundus*, «etsi vectigalis sit» (*b*). El que es violentamente desposeido de un inmueble puede ejercitar la condictio respecto de este *fundus* mismo si es propietario; de otro modo respecto á la *possessio* (*c*). En ambos casos no se establece ninguna distincion entre las condictiones de la segunda y de la tercera clase, de manera que la *condictio triticaria* es igualmente aplicable á uno y á otro. La accion que tuviese por objeto *fundum dare oportere* pertenece á la segunda clase; la relativa á un *fundus vectigalis* cuya propiedad es imposible, y principalmente la relativa á la *possessio*, pertenecen á la tercera clase, pues la trasmision de la posesion es un *facere* (no un dare), y por consiguiente solo puede dar lugar á una *incerti condictio* (*quidquid dare facere oportet*) (XXXIV, *a*).

De igual manera que la *certi condictio* se refería á la antigua *condictio ex lege Silia*, así la *triticaria* se refiere á la *condictio ex lege Calpurnia*, si bien extendida más allá del objeto primitivo de dicha ley. Su nombre se debe, sin duda, á que la *condictio ex lege Calpurnia* se aplicaba principalmente á los préstamos de trigo (*d*).

XL.

Se llama *incerti condictio* á todas las condictiones de la tercera clase, cuya *intentio*: quidquid dare facere oportet, era tan indeterminada como la *condemnatio*. Esto no ha sido controvertido por nadie. Antes de comenzar esta investigacion sobre la fraseología he aplicado constantemente á las *condictiones* de la tercera clase los textos que hablan de la *incerti condictio* (*a*).

Resulta de aquí que la *incerti condictio* contiene una parte de la *triticaria*, y que la otra parte, á saber, las condictiones de la segunda clase no tienen ningun nombre particular. Tal es, sin duda, el principal motivo que, hasta el presente, ha impedido la fijacion de la verdadera fraseología. En efecto, la lógica parece exigir imperiosamente que todas las condictiones hayan de ser *certi* ó *incerti*, y sin embargo, con arreglo á la doctrina que he sentado, hay entre estas dos clases una intermedia que no lleva ninguno de es-

---

(*b*) L. 1, pr. de cond. tritic. (XIII, 3).
(*c*) L. 2, de cond. trit. (XIII, 3).
(*d*) Véase núm. XXII. Para explicar esta singular expresion se han agotado toda clase de conjeturas, muchas por extremo ridículas. Véase Glück, t. XIII, § 843.
(*a*) Por ejemplo, núm. XXXIV, e. Incerti *condictio* no es sinónima de incerta *formula* en Gayo, IV, § 54, 131, porque esta última denominacion comprende tambien las *bonæ fidei actiones*.

tos dos nombres (*b*). Esta clase intermedia tiene realmente una naturaleza ambigua, puesto que reune en sí misma una *incerta condemnatio* y una *certa intentio* (núm. XXXIII, y Tratado, § 215).

XLI.

Con el fin de disipar todas las dudas y de prevenir todas las objeciones, debo hacer observar que el contraste de *certum* é *incertum* tiene, segun sus diversas aplicaciones, un sentido diferente y apropiado á las necesidades de cada caso.

Así, tiene un sentido diferente respecto á la estipulacion. Puede decirse, en efecto, que toda estipulacion es *certa* ó *incerta* (tambien es llamada *certi* ó *incerti*) (*a*). Se llama *certa* la estipulacion cuya extension y valor venal se reconocen, segun sus mismos términos, independientemente de toda apreciacion artificial y de las circunstancias accidentales (*b*). De este modo, *certa stipulatio* es, no solamente la que tiene por objeto el dinero, sino tambien la que tiene por objeto un campo, un esclavo, ó un caballo determinado; por consiguiente, la *certa stipulatio* engendraba condictiones, ya de la primera, ya de la segunda clase (*certi et triticariæ condictiones)*, nunca de la tercera clase. La *incerta stipulatio* engendraba casi siempre condictiones de la tercera clase, es decir, *incerti condictiones*, pero no siempre; pues la estipulacion de un usufructo era *incerta*, y sin embargo, engendraba una condictio de la segunda clase, con la *intentio*: si paret dare oportere (núm. XXXIV, *e)*.

Por el contrario, en la *in jure confessio*, el *certum* tenía el sentido que le atribuyo respecto á las condictiones (núm. XXXVI-XXXVIII), analogía que viene á confirmar la fraseología por mi adoptada. Así, se dice en este sentido: *certum confessus pro judicato erit*, incertum non erit (*c*). Lo cual significa: cuando la confesion, hecha ante el pretor, tiene por objeto una *suma de dinero* determinada, el juicio resulta inútil y se procede inmediatamente á la ejecucion; cuando por el contrario la confesion versa sobre la propiedad de una casa ó sobre la obligacion de entregar una cosa etc., es eficaz esta confesion, puesto que se tiene por verdadera; pero es preciso además la intervencion del juez para determinar el valor

---

(*b*) Parece que podría objetarse la L. 12, de nov. (XLVI, 2): «tenetur condictione vel incerti, si non pecunia soluta esset, vel certi si soluta esset» Pero la alternativa aquí expresada se refiere á las circunstancias particulares del caso. Se reclamaba, en efecto, y como *facere*, en virtud de una *incerti condictio*, la *liberatio* ó un pago efectivo. En ningun caso podía haber lugar á una condictio de la segunda clase.

(*a*) L. 68, de V. O. (XLV, 1).

(*b*) L. 74, 75, de V. O. (XLV, 1).

(*c*) L. 6, pr. de confessis (XLII, 2).

venal de la propiedad ó de la prestacion (*d*) Aquí, pues, *certum* equivale á *certa pecunia*, de igual manera precisamente que sucede en materia de condictiones.

XLII.

Respecto á la estipulacion hé aquí la fraseología que se ha establecido.

La estipulacion, como cualquier otro hecho, podía engendrar, tanto una *certi* como una *triticaria condictio*. Pero la *certi condictio* era tan especial é importante que, cuando existía, se contentaban con nombrarla, sin indicar su causa determinante (*a*). Por el contrario, si se trataba de una condictio de la segunda ó de la tercera clase, se expresaba ordinariamente esta causa (*condictio indebiti, sine causa, ex causa furtiva*, etc). Segun esta analogía, hubiera podido hablarse tambien de una *condictio ex stipulatu*; pero se ha adoptado con preferencia el nombre de *actio* ex stipulatu, quizás sin otro motivo que el de establecer entre ella y la *certi* condictio ex stipulatu una distincion más marcada, que resultara de los términos mismos.

Así, pues, la *actio stipulatu* no es otra que la *triticaria condictio* resultante de una estipulacion; y la circunstancia de que se expresara con más frecuencia la causa determinante en las condictiones de la segunda y de la tercera clase nos explica el motivo de que la expresion *triticaria condictio* se encuentre tan raras veces en las fuentes del derecho. Con ocasion de las diversas relaciones de derecho, se trataba en primer término, de fijar la existencia de una *condictio*, por oposicion á otras acciones, despues la *certi* ó la *incerti condicto*, segun que fuera una ú otra fundada; por último, algunas veces tambien, su causa determinante. Por el contrario, rara vez había necesidad de expresar la especial naturaleza de la *triticaria*, es decir, la simple negacion de la *certi condictio*, pues *triticaria* quiere decir simplemente: una *condictio* que no es *certi* y que es susceptible de las más diversas modificaciones.

Sobre este punto, tengo que combatir las afirmaciones de algunos autores modernos.

(*d*) L. 6, § 1, 2, de confessis (XLII, 2). L. 25, § 2, ad. L. Aquil. (IX, 2). Estas reglas se hallan perfectamente formuladas por Bethmann-Hollweg. Versuch-über Civilprozesz, p. 264, 270.

(*a*) Así se vé claramente en la L. 9, pr. de R. C. (XII, 1). V., ántes, núm. XIII. Por esta causa, los autores modernos dan á la accion nacida del préstamo el nombre técnico de *condictio ex mutuo*, denominacion que no usaron nunca los Romanos. Como solamente se trata del préstamo de dinero, la condictio que de aquí resulta es siempre *certi* y la *causa* no se expresaba ordinariamente. V. núm. XXX, 1.

Se pretende que la *actio ex stipulatu* puede aplicarse, en un sentido impropio, á toda accion nacida de una estipulacion, inclusa la *certi condictio (b)*. Creo, por el contrario, que esta frase designa casi siempre una cosa determinada, distinta del dinero; y que cuando el objeto es indeterminado, puede designar toda clase de objetos incluso el dinero *(c)*. En cuanto a las expresiones *agere consequi, petere ex stipulatu*, es evidente que no tienen significacion técnica especial y se aplican á menudo á la accion de la estipulacion, cuyo objeto es el dinero, es decir, a la *certi condictio* (*d*).

Se pretende tambien, y esto es lo más importante, que la *actio ex stipulatu* no tiene el carácter de una verdadera *condictio*. Pero los textos más formales le atribuyen este carácter (*e*), y el nombre de *actio* no puede ofrecer la menor duda á este respecto (núm. I). En cuanto á un texto de las Instituciones, que parece introducir dudas sobre este punto, voy á examinarlo en seguida.

XLIII.

Réstame indicar y explicar diferentes textos que pueden suscitar algunas dudas sobre las afirmaciones aquí sentadas.

El primero es un texto de este mismo Ulpiano que nos ha suministrado los mas decisivos testimonios para la determinacion de la fraseología.

L. 24, de R. C. (XII, 1).

Si quis certum stipulatus fuerit, ex stipulatu actionem non habet: sed illa condictitia actione id persequi debet, per quam certum petitur.

Si se tomase la expresion *certum stipulari* en el sentido ordinario, sentido que le dan tambien otros textos de Ulpiano (núm. XLI), esto querría decir que la condictio *si certum petetur* puede resultar de igual modo de la estipulacion que tiene por objeto una casa ó un caballo que de la estipulacion que tiene por objeto el dinero.

Pero como bajo este supuesto, Ulpiano se hallaría en contradiccion directa consigo mismo y con los textos ménos equívocos

---

(*b*) Schrader, p. 495, ed. Inst. en 4.°

(*c*) L. 51, de V. O. (XLV, 1), L. 7, C. de pactis (II, 3), L. 6, C. de transact. (II, 4), L. un. pr. C. de r. ux. act. (V, 13).

(*d*) L. 21, § 12, de receptis (IV, 8), L. 42, pro socio (XVII, 2). L. 28, de act. emti. (XIX, 1). L. 57, de solut. (XLVI, 3). L. 14, C. de pactis (II, 3).

(*e*) L. 1, pr. de cond. trit. (XIII, 1), donde se menciona expresamente la estipulacion para el usufructo y la servidumbre; debiendo sobreentenderse para los demás objetos. Gayo, IV, § 136, donde da para la *incerti stipulatio* una fórmula que, con arreglo al § 5 del mismo libro, debe ser considerada como una condictio.

en la materia (núm. XXXVII), debemos creer que en nuestro texto entiende únicamente por *certum stipulatus* una estipulacion de dinero. Ciertamente puede reprocharse á Ulpiano de falta de fijeza en su lenguaje; mas probablemente no le dirijiríamos esta censura si conociésemos el lugar que este texto ocupaba en su obra, cosa que nos es difícil averiguar por el fragmento aislado que se ha incluido en el Digesto.

XLIV.

Calistrato dice que cuando un acreedor reclama contra uno de los herederos de su deudor, y no tiene certidumbre sobre la parte que á este heredero pueda corresponder en la sucesion, puede interrogar sobre este extremo al demandado ante el pretor.

L. 1, pr., de interrog. (XI, 1).

Est autem interrogatio tunc necesaria, cum in personam sit actio, et ita, si certum petetur: ne dum ignoret actor qua ex parte adversarius defuncto heres extiterit, interdum plus petendo aliquid damni sentiat.

El peligro del *plus petere* existía para las contradictiones de la segunda clase, como para las de la primera (núm. XXXIII); y de este modo el texto parece comprender las dos primeras clases de acciones bajo la denominacion de *si certum petetur*, contra la teoría por mí expuesta. Sin embargo, esta consecuencia es ménos necesaria de lo que á primera vista parece. Puede creerse, en efecto, que en semejante caso, la *intentio* podía ser redactada, con plena seguridad, de la siguiente manera: si paret, Negidium fundum cornelianum, qua ex parte heres Seji est, dare oportere; de igual manera que se admitía la reivindicacion para una cuota indeterminada, cuando la incertidumbre no implicaba ninguna falta (*a*). Para una estipulacion de dinero resultaba imposible este expediente, si el demandante quería aprovechar las ventajas de la *certi condictio*; pues era indispensable, para el ejercicio de esta accion, la indicacion precisa de una suma determinada.

XLV.

El texto siguiente de las Instituciones de Justiniano suscita dudas más sérias.

(*a*) L. 76, § 1, de rei vindic. (VI, 1): «Incertæ partis vindicatio datur, si *justa causa interveniat.*» Hay ciertamente *justa causa* cuando el demandante tiene dudas sobre la posicion del demandado como heredero. L. 8, § 1, comm. div, (X, 3), Gayo, IV, § 54. Quizás tenía el acreedor en semejante caso una *condictio incerti* (con quidquid.., oportet); condictio que, respecto á una estipulacion de dinero, no podía ménos de atribuirle la *sponsio tertiæ partis.*

Pr. J. de Verb. oblig. (III, 15).

Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione et responsione... Ex qua duæ proficiscuntur actiones, tam *condictio*, si certa sit stipulatio, quam *ex stipulatu*, si incerta.

Este texto, leido tal como aquí se presenta, rehusaría á la *actio ex stipulatu* el carácter de condictio, resultando en contradiccion con los testimonios más incontestables (núm. XLII, *e*). Pero la dificultad desaparece, si, con arreglo á varios buenos manuscritos, se prefiere la leccion *certi* condictio ó condictio *certi* (*a*), lo cual pone en armonía este texto con los demás testimonios. Resta únicamente la segunda dificultad, á saber: que la certi condictio se aplique á todos los casos en que hay *certa stipulatio*, como por ejemplo, cuando la estipulacion tiene por objeto un campo ó un libro, segun dice expresamente Teófilo. Aquí no veo otra explicacion posible que la de creer que el redactor de las Instítuciones ha sido engañado por el doble sentido de *certi;* lo cual debe atribuirse, como las inexactitudes de tantos otros textos, á la precipitacion de los compiladores. Semejante equivocacion era tanto más fácil de acontecer en este caso, cuanto que, desde la abolicion del procedimiento formulario, no existía ya la distincion en la práctica y sólo podía aprenderse en los libros. Si se me reprocha haber atacado de este modo la autoridad de Justiniano, responderé que la recopilacion del Digesto, de donde tomo mis pruebas, emana de la misma autoridad, y que las leyes de la lógica, que nos obligan á admitir esta explicacion como la más natural y verosímil, no reconocen la autoridad del legislador.

XLVI.

El que no se dé por satisfecho de la explicacion que doy aquí de testimonios contradictorios en apariencia (núm. XLIII, XLIV-XLV), deberá siempre admitir que los jurisconsultos romanos han variado en su lenguaje, puesto que aplican la expresion *condictio certi* ó *si certum petetur*, unas veces á la primera clase de condictiones solamente (el dinero efectivo), otras veces á la primera y á la segunda clase (las demás cosas determinadas). Debo añadir, y esta observacion ha de tenerse muy en cuenta, que únicamente sobre este punto, y no sobre las demás partes de la fraseología que he expuesto, pueden admitirse divergencia de opiniones, y que mucho ménos todavía debe admitirse esta divergencia respecto á la naturaleza, límites y diferencias prácticas de las tres

---

(*a*) Schrader, p. 495, ed. Inst., en 4.° A la verdad, Teófilo confirma la leccion impresa en el texto.

el ases de condictiones, asunto que tiene mucha mayor importancia que la fraseología.

XLVII.

Para terminar esta investigacion sobre las condictiones, sólo me resta examinar cuándo y cómo se establecieron las reglas y principios expuestos. Sobre esta materia he dicho únicamente que las condictiones, tales como aparecen en las fuentes del derecho, pertenecen á la época de las formulæ, la cual época se remonta á la lex Æbutia, y que, en parte por su nombre y en parte por sus efectos, se refieren á la antigua *legis actio per condictionem*.

Varios autores modernos han dado detalles muy precisos sobre el desarrollo histórico de las condictiones. Así, pretenden, que durante largo tiempo no existió otra *condictio* que la relativa á cosas determinadas; que, en su consecuencia, toda estipulacion que tuviera por objeto un trabajo ó un acto jurídico era imposible, y que para suplir esta imposibilidad no existía otro medio que estipular una pena pecuniaria para el caso de inejecucion del trabajo ó del acto jurídico. Mucho más tarde se extendió la institucion á la *incerti condictio* que tiene por objeto el quidquid dare facere oportet (*a*).

Debo confesar mi ignorancia sobre esta cuestion. No es imposible que las cosas hayan pasado como estos autores pretenden; pero no tenemos sobre ello ningun testimonio: y áun me parece poco probable la citada teoría, pues la necesidad de los contratos de la segunda especie es más natural y general que la de otros. Si en ciertos casos pudo bastar una pena pecuniaria, este medio es demasiado imperfecto para que no se hubiera buscado y encontrado otro más cómodo. Podría admitirse de igual modo que el sistema general de las condictiones, tal como lo conocemos, se formó en conjunto sin que hubiera sido necesario un cierto tiempo para coordinar los principios, las fórmulas y las expresiones técnicas y fijarlas definitivamente. Esta formacion, aunque no instantánea, no se parecería á esas modificaciones sucesivas de las reglas del derecho que estos autores admiten como una realidad; diferiría principalmente en que estos cambios podrían haberse realizado en largos intervalos, miéntras que la formacion que nos ocupa se hubiera verificado en un corto espacio de tiempo.

A los que particularmente quisieran colocar el orígen de la *incerti condictio* en una época muy moderna, próximamente hácia el

---

(*a*) Gans, obligationem rehct, p. 84, 85, Hasse. Wesen der Actio, p. 68, 77.

tiempo de los emperadores, opongo las consideraciones siguientes.

Si, en general, se quiere admitir aquí una sucesion progresiva, desde la restriccion literal á la satisfaccion más libre de las necesidades prácticas, la consecuencia natural de esta suposicion sería la gradacion siguiente: *condictio* relativa al dinero efectivo y á las demás cosas determinadas; *incerti condictio*; *bonœ fidei actio*. Y si ahora se consideran las *bonœ fidei actiones* como antiguas y la *incerti condictio* como un desenvolvimiento más moderno del derecho, se contradicen todas las analogías. El sistema de las *bonœ fidei actiones* estaba ya en tiempo de Ciceron completamente desenvuelto; y además, la manera que tiene de hablar de dichas acciones prueba la antigüedad de su orígen, atestiguada en otros lugares por expresiones anticuadas y conservads en parte (*b*). En una narracion, donde aparece mencionada la fórmula de la *emti actio*, con la adicion *ex fide bona*, el padre de Caton figura como parte (*c*), circunstancia que nos lleva á una época muy anterior á Ciceron (*d*). El antiguo orígen de las *bonœ fidei actiones* se nos ofrece de una manera evidente comparando la mayor parte de ellas (por ejemplo la venta, el depósito etc.) con las que pertenecen en realidad á un tiempo más moderno, tales como las nacidas de los contratos innominados. No podrá desconocerse la diferencia radical que presentan los antiguos jurisconsultos en el modo de tratar unas y otras acciones.

Por lo que toca directamente á la *incerti condictio*, hé aquí un hecho bien comprobado que merece toda nuestra atencion. Anteriormente al año 664 de Roma, época en la cual la lex Julia concedió á la nacion Latina el derecho de ciudadanía romana, se contraían los esponsales entre los Latinos por medio de una *sponsio*, en virtud de la cual, podía reclamarse una indemnizacion contra aquél que faltase arbitrariamente á su promesa: «litem pecunia (judex) æstimabat: *quantique interfuerat eam uxorem accipi aut dari*... condemnabat» (*e*). Tenemos aquí la imágen más completa de una *incerti condictio* usada entónces, y que ciertamente está tomada de una época bastante antigua. Y si se objeta que este no era derecho romano, sino derecho latino, abolido entre los Latinos mismos cuando obtuvieron el derecho de ciudadanía romana, respondo que esta es la verdad en cuanto á la accion resultante de los esponsales, cuya inadmisibilidad debe ser considerada como un principio especial del derecho romano (*f*); pero abrazando la esti-

---

(*b*) Ciceron, de Off., III, 15, 17, Tópicos, C. 17.
(*c*) Ciceron, de Off., III, 16, Valerio Máximo, VIII, 2, § 1.
(*d*) Véase apéndice XIII, núm. XIII.
(*e*) Aulo Gelio, IV, tomado de Neracio, *de nuptiis*.
(*f*) El motivo de esta regla está expresado en la L. 134, pr. de V. O.

pulacion el simple *facere* y engendrando una *incerti condictio*, mencionada aquí accidentalmente, debemos suponer que los Romanos de esta época reconocían el mismo derecho.

Por último, debe tenerse en cuenta que los partidarios de la opinion que aquí se discute, considerando con demasiado exclusivismo la estipulacion como causa determinante de la condictio, creen que durante largo tiempo no tuvo eficacia alguna una *incerta stipulatio,* y que se la reemplazaba por una pena estipulada en dinero. Pero olvidan que la *incerti condictio* puede tener un orígen del todo diferente. El que creyéndose deudor, paga al contado, tiene una *(indebiti) certi condictio*; pero si en lugar de pagar hace una novacion, su *condictio* es *incerti.* Ahora bien, no es creible que, en este último caso, hubiera carecido de accion durante tanto tiempo, por falta de una fórmula aplicable. Luego si se reconoce que ha tenido siempre una *incerti condictio,* no se vé la razon de que no se hubiera admitido tambien en todo tiempo para la *incerta stipulatio.*

Adicion al § 218.

He dicho que la distincion establecida por Ciceron entre los *judicia* y los *arbitria,* distincion reproducida por los antiguos jurisconsultos respecto al contraste más restringido de las *condictiones* (*stricti juris actiones*) y las *bonæ fidei actiones,* se refiere á la persona del juez, de modo que el *judicium* era llevado ante un *judex,* tomado del album, miéntras que el *arbitrium* era llevado ante uno ó varios *arbitri*, elegidos líbremente entre los ciudadanos. En apoyo de esta afirmacion he citado solamente á Séneca, de Benef., III, 7.

Terminada ya la impresion de este tomo me ha señalado Rudorff un pasaje de la dedicatoria de la historia natural de Plinio que viene á confirmar mi aserto de una manera nada equívoca.

Plinio dedica su libro al emperador Tito, y desenvuelve largamente el pensamiento de que su obra no es digna del emperador. «Si yo hubiese escrito simplemente este libro (dice Plinio), no tendría que temer tu juicio; podría decir que está por bajo de tu dignidad y que no ha sido escrito para tí. Pero he destruido la posibilidad de esta escusa al dedicártelo.» Para expresar este pensamiento se sirve de la imágen de un proceso. Representa la publicacion de su libro como una condictio intentada. El emperador no puede conocer de como el juez, en primer lugar, porque está co-

---

(XLV, 1). Acaso intervino en Roma antiguamente una *sponsio* que tenía la eficacia de una accion. L. 2, de sponsal. (XXIII, 1).

locado demasiado alto para entender de tales negocios, cosa que expresa diciendo que el emperador tiene un censo demasiado elevado para ser inscrito en *este* album de los *judices*: en segundo lugar, porque Plinio podria recusarlo. Pero este medio se le escapa, porque no es la suerte, sino su propia eleccion (la dedicatoria), la que le ha dado por juez al emperador. Así, pues, el asunto no puede compararse á una condictio llevada ante un *judex* designado por la suerte en la lista del album, sino á un *arbitrium*, donde él mismo ha elegido el *arbiter*. Hé aquí el texto que acabo de comentar.

Tum possem dicere, quid ista legis Imperator? Humili vulgo scripta sunt..... quid te judicem facis? Cum hanc operam *condicerem*, non eras *in hoc albo. Majorem* te sciebam, quam huc descensurum huc putarem. Præterea est quædam publica etiam eruditorum *rejectio*..... Sed hæc ego mihi nunc patrocinia ademi nuncupatione, quoniam plurimum refert, *sortiatur* aliquis judicem, an *eligat*.

Esta alusion sutíl y prolongada á un proceso civil, contiene evidentemente las siguientes proposiciones. Para la condictio era designado el *judex* por la suerte *(sortiatur)*, pero podía ser recusado por cada una de las partes *(rejectio)*. Por lo demás, dicho juez era designado por la suerte entre los nombres inscritos en el album, materia que estaba arreglada del siguiente modo.

Despues de César no se podían inscribir en el album más que los senadores y los caballeros, los cuales, bajo Augusto, estaban divididos en tres decurias. Este añadió una cuarta decuria, los *Ducenarii*, que pagaban un censo inferior á el de los caballeros, y que sólo podian ser *judices* en los negocios poco importantes (*de levioribus summis*). Calígula añadió de igual manera una quinta decuria, número que no se aumentó posteriormente (*a*). Ahora bien, Plínio quiere decir: mi libro es un negocio tan mínimo, que un hombre como el emperador, colocado por su intiligencia en las tres altas decurias de jueces, no puede ser llamado á conocer de él; es de la competencia de los jueces de la cuarta y de la quinta decuria. Con este motivo dice: non eras *in hoc albo* (tu nombre no se encuentra en el álbum de la cuarta ó quinta decuria, ante la cual debe ser enviado mi libro). Majorem te sciebam (tú eres uno de los jueces de las altas decurias, que sólo conocen de los negocios importantes).

(*a*) Sueton, Julio, 41. Octav., 32. Calig., 16. Galba, 14. Véase Puchta, Cursus der Institutionem, t. I, p. 270, 381, 382. Así, cuando Séneca, de Benefic., III, 7, dice: Judex ex turba selectorum, quem census in album, et equestris hereditas misit, designa las tres decurias superiores cuyos miembros tenían un censo *al ménos* igual al de los caballeros, y eran los únicos capaces de juzgar de los negocios importantes.

La designacion de los jueces por la suerte, muy conocida en los procesos criminales, se encuentra rara vez mencionada, respecto á los procesos civiles; esta designacion no era posible más que cuando los jueces eran tomados de entre un número determinado de personas, el album, y asi acontecía solamente para las condictiones. Semejante designacion por la suerte en los negocios civiles se encuentra tambien mencionada en un texto, por otra parte bastante oscuro, de Simplicio, en Gesio, p. 79: «solent quidem per imprudentiam mensores *arbitros* conscribere aut *sortiri judices* finium regundorum causa.» Aquí, igualmente se restringe á los *judices* en el sentido extricto, es decir, á las personas inscritas en el album por oposicion á los *arbitri*.

FIN DEL TOMO CUARTO.

INDICE

DE LAS MATERIAS CONTENIDAS EN ESTE TOMO

CAPÍTULO IV.

Violacion de los derechos.

Páginas.

Páginas.

APÉNDICES.